

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

MAGNO FEDERICI GOMES

MARCELO TOFFANO

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Magno Federici Gomes; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-915-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e efetividade da justiça. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação “stricto sensu” no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O VII Encontro Virtual do CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica. Teve como tema geral: A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE.

Nesse evento, o Grupo de Trabalho (GT) de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I apresentou 22 artigos. Coordenado pelos Professores Doutores Daniela Marques de Moraes, Magno Federici Gomes e Marcelo Toffano, o GT abordou a importância da efetividade da Justiça em suas várias dimensões, especialmente em relação à tutela jurisdicional brasileira e à proteção dos direitos individuais e coletivos. Os trabalhos examinaram problemas processuais decorrentes da regulação legal e da prática dos Tribunais, com base em estratégias teóricas ancoradas em autores relevantes no cenário contemporâneo, nacional e internacional.

No bloco inicial, denominado “teoria geral, princípios gerais do processo e convenções processuais”, o primeiro trabalho é de autoria de Karine Sanches Santos, Eduardo Fecchio Botter e Maria Angélica de Souza Menezes, cuja temática foi a seguinte: “A TUTELA INIBITÓRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA”. A pesquisa tem como objetivo expor a importância do acesso à justiça, que é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/1988), garantindo a todos a possibilidade de buscar proteção judicial contra lesões ou ameaças a direitos. Nesse contexto, surgem instrumentos processuais como as tutelas inibitórias, que visam assegurar a efetividade da jurisdição e prevenir danos. As tutelas, especialmente as tutelas de urgência e as tutelas inibitórias, desempenham um papel crucial na garantia da efetividade do acesso à Justiça.

Por sua vez, “LINDB - ART. 21 - PREOCUPAÇÃO COM O CONSEQUENCIALISMO - A ACEITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA”, de autoria de Paulo Lage Barboza de Oliveira, tem o propósito de analisar a aplicação do art. 21 da LINDB na jurisprudência, considerando o

crescente pragmatismo jurídico no sistema jurídico brasileiro, que vem sendo mais bem aproveitado com sua inserção em importantes normas jurídicas. A falta de legitimidade impede a efetiva aplicação de diversas normas no Brasil, tendo nela sido inserido não apenas o pragmatismo jurídico, como também e neste caso expressamente, o consequencialismo, para conferir segurança jurídica.

Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, apresentou o artigo “ABUSO DE DIREITO NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES”. Este artigo aborda um estudo acerca do acesso à justiça, que é um direito fundamental, garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é importante que esse direito seja exercido de forma responsável, evitando abusos. Foi realizado um estudo comparativo da teoria do abuso de direito no Brasil e na Argentina, examinando suas diferenças e semelhanças para sugerir melhorias nos respectivos sistemas. Serão abordados os conceitos e características do abuso de direito, suas teorias e a natureza jurídica do instituto no Brasil e na Argentina.

“A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO PROCESSUAL E O DO DEVIDO PROCESSO TECNOLÓGICO: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES ORIENTADAS POR DADOS”, é de autoria de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti, que realizaram uma investigação sobre como verificar os impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no processo democrático, sob a perspectiva do devido processo legal.

“INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, CELERIDADE PROCESSUAL E RISCOS DE DESUMANIZAÇÃO NO JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO PRIMEIRO CASO BRASILEIRO ONDE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ELABOROU SENTENÇA COM JURISPRUDÊNCIAS FALSAS PARA FUNDAMENTAR SUA DECISÃO”, cujas autores são Aribelco Curi Junior e Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya, analisam uso da inteligência artificial para agilizar os processos judiciais, destacando os benefícios, como o aumento da eficiência e a redução do tempo de espera dos julgamentos, mas também os riscos de desumanização do sistema judiciário. Também foi realizado um estudo sobre como, paradoxalmente, o uso objetivo da IA pode falhar ao não considerar o contexto completo e os efeitos emocionais dos eventos. O artigo ressalta a primeira investigação no Brasil dirigida a um juiz federal que, ao utilizar inteligência artificial em suas decisões, gerou jurisprudência falsa, atribuída de forma equivocada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Álvaro Paixão Costa e Luiz Fernando Bellinetti desenvolveram um estudo sobre “DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COM PARTES HIPOSSUFICIENTES”. Seu objetivo foi analisar o embate histórico constante

entre os direitos de liberdade e igualdade, de modo que a depender do período em foco um pode prevalecer sobre o outro. No sistema processual brasileiro contemporâneo houve a tentativa de equilíbrio entre estes dois institutos, ao permitir que as partes ajustem o procedimento do litígio através das convenções processuais, conforme previsto no art. 190 do Código de Processo Civil (CPC). Também houve a preocupação, por meio do parágrafo único da citada norma cuja eficácia se busca no texto, de assegurar que a liberdade dos mais poderosos não suprima a vontade dos mais fracos, invalidando assim o negócio jurídico realizado com os “manifestamente vulneráveis”.

“O CONTROLE JUDICIAL PARA A VALIDADE E EFETIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: OBSERVÂNCIA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS”, apresentado pelos autores, Daniel Martins e Celso Hiroshi Iocohama, aborda uma investigação sobre o negócio jurídico processual, sua origem, requisitos e limitações. O estudo analisa a relevância do aprofundamento doutrinário e da implementação real da convenção processual entre as partes, como meio de pacificação e concretização do direito. Ressalta, ainda, a imperativa realização do controle judicial adequado por parte do magistrado, para a validade e efetividade do negócio jurídico processual, inclusive com a atuação de ofício, respeitando-se os ditames constitucionais e legais, sem, contudo, adentrar no âmbito da conveniência do negócio jurídico processual firmado.

O segundo bloco de trabalhos, agrupados sob o título “teoria das decisões e precedentes judiciais”, contou com a apresentação de seis trabalhos.

Wilian Zandrini Buzingnani e Luiz Fernando Bellinetti estudaram “A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, TENDO POR BASE A ALTERAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA PROCESSUAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DO SILOGISMO JURÍDICO À ANALOGIA.”, que tem o intuito apresentar um estudo acerca da mudança estrutural implementada no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do CPC de 2015, com a introdução do sistema de precedentes obrigatórios. Em decorrência de tal alteração, o sistema brasileiro, classicamente estruturado dentro do modelo romano-germânico, passou a adotar uma postura híbrida, mesclando elementos do “civil law” com elementos genuinamente vinculados ao sistema inglês. Em virtude de tal fato, o silogismo, método vinculado a lógica, utilizado no positivismo jurídico para fundamentação das decisões judiciais, abre espaço para a analogia, utilizada preponderantemente no sistema anglo-saxão, com o escopo realizar a comparação entre decisões antecedentes, com o fim de aferir sua aplicabilidade em situações diferentes.

“DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS” foi o trabalho trazido pelos autores Leonardo Jose Diehl, Ari Rheinheimer Filho e Adriana Fasolo Pilati. O que se busca evidenciar neste artigo é que a decisão judicial, como resultado de uma ferramenta de potencialização da democracia deliberativa, é um importante instrumento de garantia da participação popular nas decisões políticas e, portanto, é tão legítima quanto o processo representativo de democracia.

“JULGAMENTOS EM PLENÁRIO VIRTUAL E O DESAFIO DA DEMOCRACIA: ANÁLISE DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO NOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO BRASIL” é o trabalho de Matheus Henrique de Freitas Urgniani, Pedro Henrique Marangoni e Deybson Bitencourt Barbosa, que desenvolveram um estudo explorando detalhadamente as repercussões dos julgamentos virtuais, focando especialmente na maneira como a falta de debate aberto e a insuficiente participação pública podem corroer a confiança nas instituições judiciais e diminuir a legitimidade democrática dos precedentes. Ao analisar a evolução histórica e os princípios democráticos que orientam o sistema de justiça brasileiro, o artigo sugere que, apesar dos ganhos de eficiência, o plenário virtual pode não ser adequado para promover uma jurisprudência que seja verdadeiramente participativa e transparente.

Leonardo Brandão Rocha, é o autor do trabalho “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL”, que possui o propósito de estudar o sistema brasileiro de precedentes em contraponto ao Direito processual constitucional. Assim, o tema problema reside na averiguação da compatibilidade do sistema de precedentes criado pelo CPC com os postulados do processo constitucional.

David Jacob Bastos, Gisele Santos Fernandes Góes e Débora Borges Paiva Sereni Murrieta estudaram a temática “O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES, A BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E OS CONTORNOS DA LITIGÂNCIA”, em que apresentam uma análise sobre a recente aproximação entre os sistemas de “common law” e do “civil law”. No Brasil, o contínuo robustecimento do sistema de precedentes com suas especificidades culminou no advento do art. 927 do CPC, que densifica a força normativa das teses vinculantes. Sob tais premissas, advém a hipótese de que a conduta de litigar contra a “ratio decidendi” do precedente vinculante corresponde a ato de deduzir em Juízo pretensão ou defesa destituídas de fundamento, pois em choque com a norma jurídica, sendo passível de responsabilização.

“O DEVER DE OBSERVÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS”, de autoria de Daniel Ribeiro Garcia Filho e Juraci Mourão Lopes Filho, realiza um estudo, evidenciando, a partir da alteração do paradigma de adstrição

da Administração Pública à legalidade para a juricidade ampla, que todo precedente judicial integra o Direito, vinculando, ainda que em graus diversos, o tomador de decisão.

No terceiro eixo de trabalhos, chamado “processos nos Tribunais e recursos”, Alexandre de Castro Catharina apresentou o trabalho com o tema “FILTRO DE RELEVÂNCIA NO RECURSO ESPECIAL E A FORMAÇÃO DA CULTURA DOS PRECEDENTES NO BRASIL: ALGUMAS PONDERAÇÕES”, em que analisa o requisito do filtro de relevância da questão federal em recursos especiais, instituído pela Emenda Constitucional nº 125/2022, e o impacto dessa reforma constitucional na dinâmica de formação de precedentes qualificados. O CPC atribuiu funções relevantes aos Tribunais Superiores, dentre as quais se destacam a formação, aplicação, revisão e superação de precedentes qualificados, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia. Faz-se necessário analisar o alinhamento do filtro de relevância com o modelo decisório estabelecido pelo CPC e seu impacto na cultura de aplicação dos precedentes judiciais em construção na prática judiciária brasileira.

O “RECURSO EXTRAORDINÁRIO E PROCESSO COLETIVO: UMA ANÁLISE SOB ÓTICA DA REPERCUSSÃO GERAL” é o tema da pesquisa de Naony Sousa Costa Martins, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti. O intuito dessa investigação é a análise da natureza jurídica do recurso extraordinário enquanto modalidade de processo coletivo sob a ótica da processualidade democrática. A escolha do tema se justifica em razão da sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente por se tratar de estudo destinado a identificar a natureza jurídica de processo coletivo da objetivação do processo subjetivo por meio da transcendência.

A seu turno, Magno Federici Gomes e Joselito Corrêa Filho desenvolveram um trabalho acerca “DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS SOBRE TUTELAS PROVISÓRIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS: ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES”. A referida pesquisa teve como objetivo examinar a adequação e o cabimento do agravo de instrumento, para hostilizar decisões interlocutórias liminares que apreciem requerimentos de tutelas provisórias de urgência nos Juizados Especiais estaduais, a partir da teoria do diálogo das fontes. Eles demonstraram como essa teoria pode auxiliar na interpretação e implementação das normas que orientam o assunto, particularmente a interação entre as Leis nº 9.099/95, 10.259/01 e 12.153/09.

Os últimos autores também apresentaram o artigo “A NATUREZA JURÍDICA DO PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS”, que busca apresentar uma análise sobre o procedimento dos Juizados Especiais

Federais (JEF), questionando-se acerca da natureza jurídica do Pedido de Uniformização de Jurisprudência, pois a latente incerteza em relação ao assunto dificulta sua compreensão pelos operadores do Direito e incita contradições por parte de diversos órgãos julgadores.

O último texto do bloco foi “ARBITRAGEM INTERNACIONAL PRIVADA E O CARÁTER DELIBATÓRIO DA HOLOMOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA NO BRASIL”, dos autores Rosangela Terezinha Wigginski Rebelato, Reginaldo Pereira e Silvana Terezinha Winckler. Eles analisam a arbitragem internacional, que é um meio de solução de controvérsias que prescinde da atuação dos Estados e possibilita a solução de litígios entre agentes econômicos de modo célere, de acordo com as regras previamente ajustadas pelas partes. Estudaram se, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, o direito aplicável possibilita ao STJ adentrar no mérito da questão resolvida pelo Juízo arbitral ou, pelo contrário, deve a Corte restringir sua análise à observação dos requisitos formais exigidos pela Lei da Arbitragem.

O quarto bloco de trabalhos, agrupados sob o título “provas e tutelas diferenciadas”, contou com a apresentação de quatro artigos.

Os autores, Marcos Vinícius Tombini Munaro e Eduardo Augusto Salomão Cambi, apresentaram um artigo intitulado “VALORAÇÃO DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL” e analisaram a valoração da prova no Brasil, sendo este um tema atual e complexo. Há inúmeros conceitos para se atingir a plena fundamentação jurídica da decisão judicial, mas faltam critérios para determinar os graus de suficiência para as decisões serem consideradas racionais e válidas. Isso gera instabilidade tanto para as partes, como para os demais cidadãos, bem como prejudica a construção racional da jurisprudência. Realiza-se então uma avaliação acerca da importância da definição de “standards” de prova, com critérios de valoração da fase probatória, apontando o importe mínimo para o exame pelo órgão do julgador para justificar a mais justa solução para o caso concreto.

Em “O DEPOIMENTO ESPECIAL E A ESCUTA ESPECIALIZADA COMO GARANTIAS DE PROTEÇÃO E JUSTIÇA PARA CRIANÇAS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE WALLON, PIAGET E VIGOSTKY”, Marcelo Toffano, Jose Moises Ribeiro e Júlia Oliveira Furini tiveram o propósito de analisar o abuso sexual infantil, que atualmente tornou-se um crime habitual. O depoimento especial, ou a escuta especializada, são os únicos meios probatórios para acusar o agressor. Portanto, se não for observado o seu passo-a-passo, ocasiona na pequena vítima a revitimização. Estão presentes

as opiniões de grandes teóricos acerca do assunto, isto é, Wallon, Piaget e Vigotsky, que expõem seus argumentos acerca do porquê uma criança deve ser respeitada e dos riscos para a saúde e desenvolvimento delas, caso não sejam tomados todos os cuidados necessários.

Alice Rocha da Silva e Renan Fowler Barros apresentaram o artigo intitulado “A CONSIDERAÇÃO DE ELEMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL NA PRÁTICA PROCESSUAL ESTRUTURANTE COMO ALTERNATIVA AO TRADICIONALISMO DOS ACORDOS PREVIDENCIÁRIOS INTERNACIONAIS”, em que observaram a busca pela efetivação dos direitos previdenciários de indivíduos que prestam serviços em diversos países. A efetividade de tais direitos pode ser construída a partir do arcabouço apresentado pelo Direito Administrativo Global, a ser considerado em processos estruturantes. Desde a análise de abordagens jurídicas alternativas à clássica elaboração dos Acordos Previdenciários Internacionais foi possível construir novos caminhos para a consideração do tempo de trabalho e contribuição do trabalhador em jurisdições diversas.

Encerrando o bloco, foi apresentado o artigo com o título “DIREITOS DE PROPRIEDADE E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: O PAPEL DO STJ NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 13.465/2017”, por Alfredo Ribeiro da Cunha Lobo, que teve a pretensão investigar a interpretação e aplicação da Lei nº 13.465/2017 pelo STJ, focando na Regularização Fundiária Urbana (REURB) em contextos de informalidade registral citadina no Brasil. Diante das complexidades do crescimento urbano desordenado e da informalidade habitacional, o autor propõe uma análise das decisões do STJ para entender como elas influenciam a implementação da lei.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados à jurisdição sustentável, no qual a transdisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta

coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Em 08 de julho de 2024.

Os Coordenadores:

Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes - Universidade de Brasília (UNB): daniela.mmoraes@yahoo.com.br

Prof. Dr. Magno Federici Gomes - Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF): magnofederici@gmail.com

Prof. Dr. Marcelo Toffano - Faculdade de Direito de Franca (FDF): prof.toffano@gmail.com

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, TENDO POR BASE A ALTERAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA PROCESSUAL INTRODUZIDA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DO SILOGISMO JURÍDICO À ANALOGIA.

THE REASONING FOR JUDICIAL DECISIONS, BASED ON THE STRUCTURAL CHANGE TO THE PROCEDURAL SYSTEM INTRODUCED BY THE 2015 CODE OF CIVIL PROCEDURE. FROM LEGAL SYLLOGISM TO ANALOGY.

**Wilian Zandrini Buzingnani
Luiz Fernando Bellinetti**

Resumo

O presente artigo tem como finalidade realizar uma análise acerca da mudança estrutural implementada no ordenamento jurídico brasileiro após o advento do Código de Processo Civil de 2015, com a introdução do sistema de precedentes obrigatórios. Em decorrência de tal alteração, o sistema brasileiro, classicamente estruturado dentro do modelo romano-germânico, passa a adotar uma postura híbrida, mesclando elementos do civil law com elementos genuinamente vinculados ao sistema inglês. Em virtude de tal fato, o silogismo, método vinculado a lógica, utilizado no positivismo jurídico para fundamentação das decisões judiciais, abre espaço para a analogia, utilizada preponderantemente no sistema anglo-saxão, com o escopo realizar a comparação entre decisões antecedentes, com o fim de aferir sua aplicabilidade em situações posteriores. A analogia, classicamente considerada pela literatura jurídica brasileira como fonte formal, secundária do direito, passa a ocupar novo status. Desta forma, o trabalho se justifica, ante a necessidade da releitura teórica para revalorizar, tanto as fontes, como também para identificar novas técnicas de fundamentação das decisões judiciais. O trabalho é elaborado a partir de análise de legislação e doutrina, com utilização dos métodos dedutivo, histórico e comparativo.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões, Precedentes, Fontes do direito, Silogismos, Analogia

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to carry out an analysis of the structural change implemented in the Brazilian legal system after the advent of the 2015 Code of Civil Procedure, with the introduction of the system of mandatory precedents. As a result of this change, the Brazilian system, classically structured within the Roman-Germanic model, starts to adopt a hybrid stance, mixing elements of civil law with elements genuinely linked to the English system. Due to this fact, the syllogism, a method linked to logic, used in legal positivism to support judicial decisions, opens up space for analogy, used predominantly in the Anglo-Saxon system, with the aim of making a comparison between antecedent decisions, with the in order to assess its applicability in future situations. Analogy, classically considered by Brazilian

legal literature as a formal, secondary source of law, now occupies a new status. In this way, the work is justified, given the need for theoretical re-reading to revalue both the sources and also to identify new techniques for substantiating judicial decisions. The work is prepared based on an analysis of legislation and doctrine, using deductive, historical and comparative methods.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rationale for decisions, Precedents, Sources of law, Syllogisms, Analogy

1.Introdução

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, formaliza-se a inclusão no ordenamento jurídico brasileiro de uma nova estrutura processual recursal com vistas a produção de normas jurídicas processuais de eficácia geral e abstrata, os precedentes¹.

Neste contexto, o sistema processual sai de uma estrutura genuinamente vinculada ao sistema *civil law*², onde a fonte formal primária do direito é a lei³, produzida no ordenamento jurídico por meio do processo legislativo, via representação popular, se aproximando dos sistemas observados nos países ingleses, onde a fonte primária do direito é identificada nos costumes e nos julgamentos proferidos pelos tribunais.

O processo civil brasileiro contemporâneo, se caracteriza-se por ser um sistema híbrido, uma interseção que congrega elementos tradicionalmente vinculados aos sistemas anglo-saxões⁴ e o sistema romano-germânico, e ante a tal situação devem ser investigados os novos paradigmas fundantes da nova estrutura processual.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma teoria para determinar a fundamentação dos precedentes, tendo por base a identificação e estruturação da *ratio decidendi*⁵ deve-

¹ Em síntese, podemos conceituar o precedente como uma decisão judicial que, tomada à luz de um determinado caso concreto, serve de diretriz para julgamentos posteriores. Portanto, em sentido lato, o precedente é uma decisão judicial que foi tomada em um processo antecedente, sendo que, aquilo que expressa em termos de decisão, vincula casos análogos julgados posteriormente. (BUENO, 2017. p. 633)

² “No âmbito internacional, porém, o termo Civil Law refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase integralmente aos princípios do direito Romano. E, por isso a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglês, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito de Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 21-22)

³ “Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁴ Os precedentes obrigatórios introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 são os maiores exemplos desta interlocução entre os sistemas do common law e o sistema do civil law.

⁵ Para Wambaugh, *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. O jurista descreve o modo como o teste deve ser feito. Antes de

se primeiramente revalorizar as perspectivas originalmente admitidas em um sistema que tem por base a tradição romana germânica, onde o silogismo legislativo é o elemento central da técnica de subsunção da norma ao fato, uma vez que a lei, a priori, é fonte formal primária do sistema, redimensionando-se o valor atribuído à analogia e sua prevalência dentro da teoria das fontes do direito.

Desta forma, o artigo tem como finalidade analisar esta alteração de base estrutural do processo civil, com a inclusão de elementos do *common law* ao sistema brasileiro atrelado classicamente ao sistema romano-germânico, redimensionar a importância do silogismo e da analógica para fundamentação e manutenção da coerência e estabilidade do ordenamento jurídico, bem como, fazer uma breve abordagem e reanálise acerca da teoria das fontes do direito, revalorizando a importância da analogia para o sistema jurídico.

O trabalho é elaborado a partir de análise de legislação e doutrina, com utilização dos métodos dedutivo, histórico e comparativo.

2 - Características das fontes do direito observadas no sistema inglês (common law) e das fontes do direito observadas no sistema romano-germânico (civil law).

As fontes relacionam-se com o surgimento, o nascedouro o local de origem. A maioria absoluta das coisas existentes, surgem de algum lugar. Tanto nas questões ligadas à física nas questões vinculadas a metafísica, buscamos aferir a origem⁶, como se dá a gênese. No direito não é diferente.

tudo há de ser cuidadosamente formulada a suposta proposição de direito. Após deve inserir-se na preposição uma palavra que inverta o seu significado. Então, é necessário perguntar se, caso a Corte houvesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Só há precedente se a resposta for negativa. Diante do teste de Wambaugh, inverte-se o sentido da proposição tomada em conta pela Corte, a sua decisão não pode ser a mesma para que a proposição constituía a *ratio decidendi*. A proposição – faria com que o caso fosse decidido de outra maneira. Se a nova proposição gera igual decisão, a proposição original, em vez de constituir a *ratio decidendi*, representa a obter deictum. (MARINONI, 2022. pp. 159-160).

⁶ Nesse sentido VENOSA Destarte, a expressão fontes do direito partiu de um sentido metafórico e, por meio de longa tradição histórica, obteve um significado preciso na ciência jurídica, sempre na compreensão e no entendimento da origem, berço ou

Conforme ressalta REALE:

Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estruturas normativas, que são o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial. (REALE, 2002, p. 109)

A maioria da literatura jurídica classifica as fontes do direito como formais⁷ e materiais⁸, primária ou secundárias e diretas ou indiretas. As fontes materiais guardam relação com o “ruído social” que determinada ao legislador ou ao julgador identificar a relevância de determinada situação e regulamentá-la juridicamente. Assim, fontes materiais⁹ são fatores sociais, econômicos, políticos, filosóficos e históricos que deram origem ao Direito, influenciando na criação das normas jurídicas.

De outro lado, as fontes formais referem-se ao modo como o direito se exterioriza. Sobre as fontes formais do direito **VENOSA** discorre:

Entendem-se como *fontes formais* os modos, meios, instrumentos ou formas pelos quais o Direito se manifesta perante a sociedade, tal como a lei e o

nascido do Direito. Procurar uma fonte de uma regra é buscar o ponto de onde ela brotou para a vida social (**VENOSA, 2019, p. 172**).

⁷ Por outro lado, as fontes formais, o meio pelo qual as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas. São, portanto, os canais por onde se manifestam as fontes materiais (**GARCIA, 2015, p. 138**).

⁸ As fontes materiais do Direito são todas as autoridades, pessoas, grupos e situações que influenciam na criação do direito em determinada sociedade. Ou seja, fonte material é aquilo que acontece no âmbito social, nas relações comunitárias, familiares, religiosas, políticas, que servem de fundamento para a formação do Direito. Assim, fonte material é de onde vem o direito (**GARCIA, 2015, 139**).

⁹ Fontes materiais são as instituições ou grupos sociais que possuem capacidade de editar normas, como o Congresso Nacional, as assembleias legislativas estaduais ou o Poder Executivo, em determinadas hipóteses. Sob esse sentido, fonte é vista sob o prisma da autoridade que pode emitir legitimamente o Direito (**VENOSA, 2019, p. 171-172**).

costume. São os meios de expressão do Direito. Criam o Direito, isto é, introduzem no ordenamento novas normas jurídicas. (VENOSA, 2019, p. 171).

REALE acrescenta:

“Preliminarmente, é necessário advertir que a antiga distinção entre fonte formal e fonte material do direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica, tornando-se indispensável empregarmos o termo fonte do direito para indicar apenas os processos de produção de normas jurídicas.” (2002, p. 109)

A despeito do debate jurídico acerca das fontes formais, (se a lei ou o processo legislativo¹⁰, se a jurisprudência, ou, mais modernamente, os precedentes produzidos pelos Tribunais, quem “criam” as normas produzida pelo legislativo e pelo judiciário), tem-se que dentro da estrutura do *civil law*, o paradigma formal e primário das fontes do direito encontra-se vinculado à lei, e no sistema do *common law*, o paradigma formal primário das fontes do direito encontra-se vinculado aos julgados produzidos pelas cortes.

MARINONI citando **ALEX**, vai adiante, informando que a lei deixa de ter a primazia absoluta na legitimação formal, se vinculando às normas Constitucionais e aos direitos fundamentais:

“A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na

¹⁰ É inadmissível que, ao se tratar da teoria das fontes legais, ainda se continue a reproduzir antigos ensinamentos, sem se tomar ciência das profundas inovações contidas no atual sistema constitucional pátrio: a rigor, a fonte legal é o processo legislativo, tal como acaba de ser discriminado, na totalidade das categorias normativas que o compõem. Ainda no que se refere ao problema da fonte legal cabe um esclarecimento. Não raro invocam-se os regulamentos, decretos etc. como espécies de fonte legal, mas é preciso ter bem presente que eles somente podem ser considerados fontes legais subordinadas ou complementares.

Num sistema constitucional onde o Executivo dispõe de instrumento de ação normativa como as leis delegadas, há mais razão ainda para que os regulamentos e decretos sejam rigorosamente concebidos como atos normativos de vigência e eficácia subordinadas aos ditames das normas oriundas do “processo legislativo” (**REALE, p. 126**).

Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende de sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais” (ALEXY apud MARINONI, 2010, p. 67).

Desta forma, salienta-se que a existência de distinções entre os sistemas jurídicos vinculados a tradição romano-germânica e os sistemas jurídico embasado na tradição saxônica, uma vez que estes sistemas, a priori, têm características distintas, tanto em sua base epistemológica quanto em sua base pragmática¹¹. A primeira grande diferenciação encontra-se vinculada a teoria das fontes¹² e a segunda, também objeto deste ensaio, às técnicas de aplicabilidade do direito.

Ratificamos, novamente que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o sistema brasileiro, originalmente de clássica inspiração no sistema romano germânico, *civil law*, traz como uma de suas principais inovações uma genuína reestruturação de todo sistema processual transindividual, com significativa alteração de suas bases, inclusive de como experienciamos os sistemas as fontes do direito.

Assim, com a publicação do diploma processual civil de 2015, deixamos de ter um sistema puramente vinculado ao *civil law* e passamos a incorporar uma tradição vinculada ao sistema jurídico inglês. Assim, passamos habitar um sistema híbrido, de características genuínas, as quais devem ser novamente delimitadas.

3- Do silogismo a analogia. As novas roupagens do sistema processual brasileiro.

Em virtude de toda a mudança vinculada sobretudo ao sistema processual recursal, agora com características transindividuais, tem-se que algumas perspectivas

¹¹ Tercio Sampaio Ferraz Jr., é uma metáfora que acaba causando várias interpretações, “posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento. (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 221).

¹² O termo “fonte do direito” é empregado metaforicamente, pois em sentido próprio fonte é a nascente de onde brota corrente de água. Justamente por ser uma expressão figurativa tem mais de um sentido. (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 221).

“Fonte jurídica” seria a origem primária do direito, confundindo-se com o problema da gênese do direito. Trata-se da fonte real ou material do direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica (SAMPAIO, 1977, pp. 51 e 53).

teóricas clássicas devem ser reexaminadas para que haja um acomodamento do sistema jurídico processual brasileiro.

Como dito, o atual sistema jurídico brasileiro é um sistema eminentemente híbrido, parte significativa de sua estrutura encontra-se vinculada a criação de normas jurídicas por meio do processo legislativo, no entanto, as decisões judiciais, consubstanciadas nos precedentes, também se inserem no contexto de fontes primárias do direito, em conformidade com que ocorre no sistema inglês, ocasionando, desta forma, uma aparente contradição com a leitura clássica observada pela tradição jurídica brasileira.

Indiretamente sobre o tema, ressalta **MARINONI**:

Na common law, o poder judiciário exerce função central, construindo um sistema positivo (judgemade law), contudo, os juízes estão vinculados aos parâmetros normativos ditados por decisões anteriores (prior cases), os chamados precedentes (bindingby precedents). A lei é a fonte do direito menos utilizada nesse sistema e as decisões judiciais enquanto precedentes, são as fontes principais (MARINONI, 2016).

Classicamente “a jurisprudência” era vista como fonte formal secundária do direito, pela literatura jurídica brasileira. No entanto, doravante, devido a mudança da base sistêmica epistemológica (perspectiva híbrida de nosso sistema), não mais a jurisprudência, mas sim, os precedentes jurisdicionais, devem ser vistos também como fontes formais, agora não secundárias, mas primárias, do sistema jurídico brasileiro.

Um dos efeitos da alteração da base epistemológica das fontes do direito, encontra-se, sobretudo, em uma flexibilização e parcial¹³ abandono da utilização do método silogístico¹⁴ grandemente relacionado ao direito positivo, uma vez que de longa

¹³ Digo parcial, uma vez que no sistema híbrido o método silogístico, com problemas que são advindos da interpretação da norma, da delimitação da prova processual, e avaliação vinculada ao magistrado, continua inegavelmente a ser utilizado, uma vez que a lei continua sendo uma das fontes de nosso sistema.

¹⁴ “Ora, o raciocínio (silogismo) é um argumento em que estabelecidas certas coisas, outras coisas diferentes se deduzem necessariamente das primeiras. O raciocínio é uma ‘demonstração’ quando as premissas das quais partes são verdadeiras e primeiras, ou

data, o silogismo não é o único método para confecção argumentativa jurídica e fundamentação das decisões judiciais.

GARCIA define dentro da perspectiva aristotélica o conceito de silogismo:

“Dentre as obras lógicas de Aristóteles, reunidas sob o título comum de Organon, encontramos nos Tópicos, uma conceituação genérica e técnica do silogismo, designando a dedução em geral, a qual apresenta-se subdividida em três variedades: demonstrativo, dialética e erística, segundo o grau de verdade das proposições de que parte. Para Aristóteles, apenas os raciocínios demonstrativos merecem realmente ser chamados de silogismos (**GARCIA, 2001, p. 1**)

ARISTOTELES em sua obra Primeiros Analíticos defini silogismo:

Silogismo é um argumento no qual, colocadas certas coisas, outra distinta das estabelecidas decorre necessariamente porque essas coisas são o caso. Por “porque essas coisas são o caso” quero dizer decorrer em virtude delas; por “decorrer em virtude delas” quero dizer não carecer de nenhum termo externo para que o necessário venha a ser o caso.¹⁵

É de se observar que o sistema romano-germânico, sobretudo em sua vertente estruturada dentro de uma base positivista, é dentro da lógica silogística que o processo encontra um dos principais instrumentos de justificação e fundamentação das decisões judiciais. Por certo, o silogismo não é o único instrumento, uma vez em algumas situações, deve o legislador e também as partes litigantes, por meio da criação da tese e da antítese, se socorrerem da hermenêutica, da argumentação, da analogia e, inclusive, por vezes, da intuição para estruturação do argumento jurídico e também da fundamentação das decisões.

quando o conhecimento que delas temos provém originariamente de premissas primeiras e verdadeiras” (ARISTÓTELES). (**GARCIA, 2001, p. 1**)

¹⁵ **ARISTOTELES**. Primeiros Analíticos I

NADER ratifica a importância do silogismo dentro da estrutura jurídica, sobretudo a positivista afirmando que **“Tradicionalmente a aplicação do Direito é considerada um silogismo, em que a premissa maior é a norma jurídica, a premissa menor é o fato e a conclusão é a sentença ou decisão”** (NADER, 2014, p. 226-227).

Desta forma, na perspectiva do direito brasileiro anterior ao Código de Processo Civil de 2015, onde a base da fundamentação da decisão jurisdicional era eminentemente a lei¹⁶, expressada por sua objetividade, o silogismo era senão o principal, um dos principais métodos determinantes da fundamentação da decisão judicial. Nesse sentido **MACCORNICK:**

O que precisa ser entendido é que o silogismo desempenha um papel estruturante fundamental no pensamento jurídico, ainda que este não seja exaurido por essa estrutura apenas. A lógica formal e a dedução importam no Direito. Certamente, reconhecer isso não exige que neguemos o papel imensamente importante desempenhado no Direito pela argumentação informal, probabilística, pela retórica em todos os seus sentidos e modos. (MACCORNICK, 2008, p. 44)

A lógica silogística seria perfeita para a fundamentação da tese, da antítese e da própria fundamentação das decisões judiciais, inclusive base para estruturação da *ratio decidendi* de um precedente, dentro de um sistema eminentemente legislativo e objetivo, onde a premissa maior seria encontrada na lei e a premissa menor vinculada ao fato social posto em julgamento.

¹⁶ BELINETTI, Luiz Fernando; BUZINGNANI, Wilian Zandrini. Artigo publicado na revista do CONPEDI: “Não estamos aqui afirmando que esta situação não possa ocorrer. De fato, na maioria das situações vivenciadas pelo poder judiciário a questão é resolvida por mera subsunção do fato à norma e o judiciário faz, nestas hipóteses, o papel clássico de dizer o direito legislado. No entanto, nas situações de grande complexidade, nos vácuos legislativos, como também nas questões que demandam análise de normas de conteúdo aberto/vago, questões que na maioria das vezes estão vinculadas à análise e ponderação de princípios constitucionais, a atuação do judiciário pode ganhar os contornos/limites aqui defendidos.”

Ocorre que, com a inserção junto ao texto constitucional de normas valorativas de caráter principiológico com eficácia eminentemente normativa, com a emancipação dos princípios gerais do direito dando estrutura ao sistema jurídico, com a relevância da prova para estruturação e definição de parâmetros das decisões judiciais, e também, ante ao advento dos precedentes, verdadeira normas jurisdicionais com eficácia geral e abstrata, o silogismo deixa de ser o principal, passando a ser um dos meios de fundamentação e justificação das decisões judiciais.

MACCORNICK identifica quatro problemas na utilização exclusiva do silogismo como técnica de fundamentação e justificação das decisões judiciais, por meio da argumentação jurídica, problemas que são facilmente identificados dentro de nosso sistema processual: 1) problemas vinculados a prova, 2) problemas vinculados a interpretação; 3) problemas relacionados com avaliação; 4) problemas de relevância:

1. Levando em conta todas as provas relevantes e admissíveis, incluindo os elementos trazidos pela própria defesa, não houve prova (ao menos não nos limites aceitáveis pelo Direito) da ocorrência concreta de FO tal como alegado na denúncia ou na petição inicial (podemos chamar isso de um "problema relacionado à prova").

2. O que foi alegado, não importando o fato de ter ou não sido provado, não pode ser adequadamente caracterizado como um exemplo de concretização de FO no sentido próprio exigido pelo Direito (podemos chamar isso de um "problema de classificação", de "caracterização ou de "qualificação"). Quando FO consiste em ou inclui uma expressão carregada de carga valorativa, ou "conceito jurídico indeterminado" tal como "razoável", "justo", "equitativo" e outros semelhantes, e quando a questão diz respeito a saber se a conduta em questão foi efetivamente razoável, é melhor considerar o problema respectivo como sendo de "avaliação".

3. O caso apresentado depende da leitura da regra "Sempre que FO, então CN" de acordo com uma particular interpretação de FO ou de CN, ou de ambos. Mas essa é uma interpretação equivocada, e há de fato mais que uma interpretação juridicamente aceitável de acordo com a qual o réu deva ser absolvido da acusação ou liberado de submeter-se à pretensão

que lhe é dirigida (podemos chamar isso de um "problema de interpretação").

4. O sucesso da pretensão ou da acusação depende de que uma dada leitura das fontes de Direito relevantes gere a regra "Sempre que FO, então CN", de tal sorte a que as alegações de culpa penal ou responsabilidade civil se tomem consistentes dados os fatos alegados ou mesmo provados.

No entanto, essa norma não pode ser efetivamente extraída dos materiais jurídicos disponíveis como uma concretização ou determinação razoáveis de seu conteúdo (podemos chamar isso de um "problema de relevância"; tal como sugerido, trata-se de um problema que surge principalmente nos sistemas de *common law*, ou nas porções não codificadas de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o Direito administrativo francês, desenvolvido a partir da jurisprudência do *Coûsâl D-Etat*). (MACCORNICK, 2008, p. 58)

Assim, na contemporaneidade jurídica, se torna impossível, a estruturação lógica-matemática (silogística), tendo exclusivamente base no silogismo, sobretudo porque, muitas vezes, podem existir problemas ligados a prova processual onde Autor e Réu não demonstram, aos olhos do interlocutor (juiz) a premissa menor (fato) deduzida em sua argumentação. Outras vezes, podem existir problemas vinculados a situações, a abstração ou a interpretação da norma jurídica que direta ou indiretamente pode sofrer influência da condição ideológica¹⁷ do magistrado¹⁸. Ainda, podem existir questões vinculadas a relevância do argumento criado pelo contraditório instaurado nos autos e,

¹⁷ “A pré-compreensão de quem aplica o direito não é nem homogênea nem unitária, mas é constituída de ‘processos de apreensão de diversa natureza’”. Mais adiante, acrescenta: “Podemos, então, falar de um aparato categorial, adquirido, no sentido mais amplo, através de uma experiência social, com a ajuda da qual o juiz, inconscientemente, escolhe, registra e classifica as características ‘manifestamente’ relevantes, de um caso e das normas ‘apropriadas’ para sua solução. (ESSER, 1983. p. 4).

¹⁸ “A questão de uma teoria da argumentação como justificação não é saber qual argumento efetivamente convence um júri ou juiz em particular, mas qual deveria convencer qualquer instancia decisória racional. Nesse sentido, Perelman sugere que um “auditório universal” proporcionaria uma tese definitivo: qualquer argumento capaz de convencer um auditório composto por todas as pessoas inteligente e cuidadosamente, dispostas a analisar as questões apresentadas de forma desinteressada, seria um argumento adequado” (MACCORNICK, 2008. p. 26)

por fim, podem existir problemas relacionados à normativa judiciária (precedentes), relacionada com ao cotejo (comparação) do precedente.

Sobretudo no que concerne ao último problema acima identificado, verifica-se a genuína importância que ocupa a analogia, tanto para formação da tese argumentativa criada pelas partes litigantes (tese e antítese), base do contraditório, como também para a fundamentação das decisões judiciais, quer de eficácia individual, quer de eficácia transindividual.

Como acima afirmado, a despeito dos problemas relacionados com a prova, interpretação, avaliação e comparação das normas jurídicas, o silogismo e a lógica que o método silogístico consubstancializa, ainda continua sendo um hábil instrumento de fundamentação das decisões judiciais, e também, de estruturação do contraditório com a formulação lógica da tese e da antítese, sobretudo no sistema híbrido brasileiro.

Por certo, a argumentação jurídica, a hermenêutica e uma visão sistêmica do ordenamento também são instrumento que auxiliam na fundamentação, sobretudo da *ratio decidendi* dos precedentes, atribuindo racionalização às decisões.

Ocorre que, a analogia, uma das fontes formais secundárias do direito para a clássica literatura jurídica brasileira, com a estruturação de um sistema de precedentes, como dito híbrido, pois mistura elementos do civil law e common law, ganha nova e genuína importância, tanto para estruturação argumentativa da tese e antítese, como para fundamentação das decisões judiciais.

É certo que o atual sistema processual civil brasileiro preconiza a uniformização dos julgados junto aos tribunais, mantendo a jurisprudência íntegra, estável e coerente, conforme determinado pelo artigo 926¹⁹ ao informar que “os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência em mantê-la estável, íntegra e coerente²⁰”.

Como se observa, a despeito de o silogismo ser uma técnica genuína para aplicabilidade do fato a norma (técnica de subsunção), quando inexistentes os problemas referentes as provas, a interpretação e a relevância - nestas hipóteses, outras técnicas/métodos deverão ser utilizadas, tais como a hermenêutica, a intuição, elementos

¹⁹ Código de Processo Civil Brasileiro - Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²⁰ Podemos definir coerência como “a propriedade de um conjunto de proposições as quais, quando consideradas em seu conjunto, fazem sentido como um todo” (MACCORMICK, 2005, p. 190).

não explorados neste texto – e também a analogia, sobretudo quando a fundamentação da decisão será derivada de uma norma judiciária (precedente).

Observa-se nesse contexto que o alinhamento da jurisprudência ganha papel relevante na fundamentação das decisões proferidas pelos Tribunais, uma vez que somente haverá alinhamento, se o julgado posterior se identificar com o julgado anterior, ou seja, com o julgado “precedente”.

Assim, da mesma forma que o modelo silogístico, que têm como base a subsunção, traz preciso contributo para a fundamentação das decisões judiciais e, também, proporciona um instrumento de confecção da argumentação jurídica, base do contraditório no processo civil, a analogia²¹ também passa a ser preponderante para justificar as decisões as quais tem como fundamento norma judiciária posta.

Segundo **REALE**:

O processo analógico é, no fundo, um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhe sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes, mas cuja similitude coincida em pontos essenciais. Como demonstro em minha Filosofia do Direito, o processo analógico está como que a meio caminho entre a indução e a dedução, desempenhando função relevante no Direito, quando a lei é omissa e não se pode deixar de dar ao caso uma solução jurídica adequada (REALE, 2002, p. 73).

É de se observar que com o remodelamento do sistema jurídico processual brasileiro, a analogia, para a maioria da literatura jurídica brasileira, fonte formal e secundária do direito, que a priori serviria para suprir lacunas legais na hipótese de ausência de lei que regulamentasse de forma objetiva determinada questão²², passa a ocupar um novo *status* de enorme relevância dentro do sistema, em virtude da anunciada

²¹ A analogia é um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para uma outra hipótese fundamentalmente semelhante à não prevista (NADER, 2014, p. 201).

²² "A analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo inicial de atuação". (TARTUCE, 2015.p.1173).

condensação dos elementos preponderantes do *civil law* e do *common law*, engendrando um sistema híbrido.

Desta forma, o cotejo analítico oriundo da analogia se torna indispensável para que os magistrados fundamentem suas decisões, quando a questão que já foi resolvida por norma judiciária (precedente) seja novamente posta a julgamento pelo Judiciário. Neste caso, a analogia que encontra um de seus escopos na atividade comparativa se traduz em um instrumento muito mais adequado e relevante do que a técnica silogística para identificação da *ratio decidendi* do caso pretérito, e para aplicação da respectiva norma em caso posterior, ou seja, para a fundamentação e manutenção da coerência do ordenamento jurídico processual²³.

Desta forma, a teoria geral do direito, nos moldes classicamente observado no Brasil, deve sofrer uma releitura, em virtude do implemento de uma mudança estrutural de nosso sistema jurídico, com a inclusão formal dos precedentes obrigatórios no ordenamento processual brasileiro, devendo ser reavaliado o status atribuído a analogia como fonte forma secundária, devendo, doravante, ser erigida a fonte formal primária do direito, em nosso sistema.

5 – Conclusão.

1) Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi incluído ao ordenamento jurídico brasileiro os precedentes, elemento genuinamente característico do sistema inglês, *common law*;

2) Em virtude desta alteração, o sistema brasileiro passa a ter características de um sistema híbrido, não mais vinculado exclusivamente ao sistema romano-germânico (*civil law*);

²³ A nova argumentação posta-se em posição contrária à lógica formal e utiliza-se do raciocínio retórico ou dialético. A questão fundamental, no campo que ora examinamos, passa a ser a forma de raciocínio dos operadores do Direito e, em especial, do julgador. Abandona-se definitivamente o acanhado horizonte do silogismo para a aplicação e a interpretação e parte-se para a ampla discussão dialética (VENOSA, 2019, p. 247).

3) No sistema romano-germânico, eminentemente positivista, a lei é o elemento central e estruturante da fundamentação argumentativa, tanto para edificação da tese e da antítese (contraditório) como também da fundamentação das decisões judiciais;

4) Ainda, com relação ao sistema romano-germânico (*civil law*), o método silogístico é o genuinamente utilizado para dar base ao argumento jurídico, tanto para estruturar a tese e a antítese (contraditório) quanto para fundamentar a decisão judicial;

5) A contemporaneidade jurídica tem reduzida a hegemonia da aplicabilidade do método silogístico em virtude de problemas apontados por Neil MacCornick, a citar: 1) problemas vinculados a prova, 2) problemas vinculados a interpretação; 3) problemas relacionados com avaliação; 4) problemas de relevância;

6) Em virtude da alteração da base epistemológica do sistema brasileiro, com a introdução de elementos do common law, sobretudo o precedente, a analogia ganham genuíno destaque no sistema, inclusive deslocando-a de fonte formal e secundária, a nosso ver, para fonte formal primária;

7) Tem-se ainda que a analogia, ao lado do silogismo, consubstancia-se em elementos genuínos que dão estrutura a argumentação jurídica, tanto vinculado a confecção da tese e da antítese (contraditório), como também para a fundamentação das decisões judiciais e para a estruturação e identificação da *ratio decidendi* dos precedentes.

6 - REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 633

ESSER, Josef. **Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto**. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

GARCIA, Bianco Zalmora. **A Lógica do Silogismo**: elementos de silogística a partir dos *Primeiros Analíticos* de Aristóteles e seu desenvolvimento posterior. Londrina: Editora UEL, 2001.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito** – 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

MacCornick, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Editora Elsevier. 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.**

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, FLÁVIO. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.p.1173.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 221.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIEIRA, Andreia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre. Editora Sergio Antônio Fabris. Ed. 2007, p. 21-22

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Fontes do direito-II. Enciclopédia Saraiva do direito**, Editora Saraiva, São Paulo, 1977