

ANALOGIA: FONTE OU MÉTODO DO DIREITO?

Marcos Abílio Domingues

(Doutor em Direito pela PUC/SP; professor do curso de Direito da Faculdade de Paulínia;
mardomingues@uol.com.br)

RESUMO: O texto define fonte do Direito, método e analogia. Além disso, apresenta menções da analogia na legislação e a posição da doutrina com relação à natureza da analogia. Finalmente, expõe a opinião do autor com relação à analogia como processo de construção do conhecimento.

PALAVRAS CHAVE: analogia; fontes do Direito; métodos do Direito;

SUMÁRIO: Introdução; 1. Definições; 2. Legislação; 3. Doutrina; 4. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade tentar superar a dicotomia que se verifica entre a legislação e a doutrina no que se refere à classificação da analogia no Direito, ou seja, se esta é fonte ou método na ciência jurídica.

Além disso, pretende confrontar as posições divergentes na própria doutrina com relação à respectiva classificação do termo na ciência do Direito.

Para tal desiderato o presente trabalho inicia com uma tentativa de definição dos três termos. Na sequência, será feita a abordagem do tema na legislação e, posteriormente, o trato dado pelos autores na doutrina.

Diante do quadro apresentado se tentará construir ao final algumas conclusões a respeito do tema.

Espera-se, com a devida vênia, de alguma maneira contribuir para o esclarecimento da natureza da analogia no âmbito do Direito e sua função nas relações jurídicas.

1. DEFINIÇÕES

O termo fonte designa nascente de água¹ ou de alguma coisa, bem como, no sentido figurado, “aquilo que origina ou produz” alguma coisa ou dá causa a alguma coisa. Nesse sentido, para De Plácido e Silva² fonte do Direito é o “texto em que se funda o Direito” e segundo Sidou³ o termo é uma metáfora que se emprega para determinar “onde o direito nasce”.

Assim, para o Direito, fonte pode sugerir o ponto de partida do Direito ou, origem da qual emerge o Direito. Para Sílvio de Salvo Venosa fontes do Direito são os “meios pelos quais o Direito se manifesta em um ordenamento jurídico”⁴. Para Miguel Reale fontes do Direito são:

“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”⁵.

Para corroborar estas palavras o próprio Miguel Reale, em Fontes e Modelos do Direito, afirma:

“... podemos dizer que a fonte do direito implica o conjunto de pressupostos de validade que devem ser obedecidos para que a produção de prescrições normativas possa ser considerada obrigatória, projetando-se na vida de relação e regendo momentos diversos das atividades da sociedade civil e do Estado. Quando uma lei, uma sentença, um costume ou um negócio jurídico são produzidos de acordo com os parâmetros superiores que disciplinam sua elaboração, eles adquirem juridicidade, determinando o que pode e deve ser considerado ‘de direito’ por seus destinatários”⁶.

¹ FERREIRA, 2010, pág. 967.

² DE PLÁCIDO E SILVA, 1986, pág. 312.

³ SIDOU, 2003, pág. 399.

⁴ VENOSA, 2010, pág. 116.

⁵ REALE, 2009, pág. 140.

⁶ REALE, 1994, pág. 14.

Diante disso, podemos dizer que fonte do Direito é a origem que se manifesta por meio de um enunciado que serve como base ou origem para a criação do Direito ou solução de conflitos jurídicos, haja vista que tanto a lei quanto a sentença, o costume e o negócio jurídico revelam conteúdos normativos que serão usados como fontes no desfecho de controvérsia jurídica.

De outro lado, segundo Abbagnano⁷, método é um “procedimento de investigação” que nos conduz a considerar que este revela um modo de fazer alguma coisa ou, ainda no saber de Miguel Reale “o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade”. Assim, diverso da fonte, o método mostra o caminho ou até mesmo pode ser o instrumento que mostra alguma coisa. A fonte, por sua vez, pelo que vimos, pode ser algo que se identifica com a aplicação de um método, portanto, elementos diversos e de função distinta.

Agora, quando se fala em analogia jurídica, imediatamente, se tem por ideia um “processo lógico de interpretação”⁸. No mesmo sentido indica Miguel Reale⁹ ao tratar Das Formas do Conhecimento e, especificamente, dos Métodos de Cognição Mediata, na obra Filosofia do Direito, ao estudar a analogia, a indução e a dedução como métodos. Além de afirmar que a analogia é um instrumento de aplicação do Direito o referido autor afirma que esta “consiste em estender a um caso particular semelhante as conclusões postas pela observação de um caso correlato ou afim, em um raciocínio por similitude”¹⁰. Em outra obra¹¹, o mesmo autor, afirma que o processo analógico é, no fundo, um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude. Ou seja, a analogia é um processo racional, tanto quanto a indução e a dedução. Em seguida, na mesma obra, o autor refere-se à indução, à dedução e à analogia como processos de conhecimento.

Diante de todo o exposto, podemos, inicialmente, afirmar que fonte do Direito é todo conteúdo ou enunciado que serve de manancial para a criação do Direito ou para a solução de conflitos jurídicos. De outro lado, método é o modo de fazer alguma coisa ou o procedimento de como fazer algo, ou até mesmo, o como aplicar a fonte, mas, com a devida vênia, não ela própria.

Frente a isso, preliminarmente, podemos considerar que a analogia, por sua vez, está mais para processo lógico e, portanto, método, do que para enunciado ou conteúdo, como no caso das fontes do Direito.

⁷ ABBAGNANO, 2000, pág. 668.

⁸ FERREIRA, 2010, pág. 138.

⁹ REALE, 1990, pág. 141-148.

¹⁰ REALE, 1990, pág. 141.

¹¹ REALE, 2009, pág. 85.

2. LEGISLAÇÃO

A legislação pátria menciona expressamente a analogia pelo menos em duas ocasiões. A citação mais sintomática é a do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹², *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Aqui o legislador, diverso do que possa parecer, não define ou classifica o que seja a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito. No caso, apenas indica elementos que devem ser usados na omissão da lei, sem dúvida, principal fonte do Direito.

Além dessa menção a analogia aparece no artigo 126 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

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

Novamente o legislador enuncia a analogia ao lado dos costumes e dos princípios gerais do Direito, sem, entretanto, indicar expressamente que sejam a mesma coisa.

Por sua vez, no artigo 3º do Código de Processo Penal o termo aparece indiretamente com a expressão “aplicação analógica”: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Na hipótese, o termo aplicação analógica, salvo melhor juízo, parece remeter à ideia de procedimento, pois aplicação¹³ designa ação de executar uma prática ou ato de fazer alguma coisa, apesar de acompanhada novamente de fonte do Direito, os princípios gerais.

Assim, nas duas primeiras citações a analogia aparece entre outras duas espécies, indiscutíveis, de fontes do Direito, os costumes e os princípios gerais do Direito e na última apenas acompanhada de uma delas e vinculada a uma ideia de procedimento ou método.

Talvez a circunstância da analogia, quase sempre, ser mencionada na lei na companhia de fontes jurídicas leve parte da doutrina a elencar a analogia como fonte do Direito, assim como veremos a seguir.

¹² Decreto-Lei nº 4657/1942 com redação dada pela Lei nº 12.376/2010.

¹³ FERREIRA, 2010, pág. 175: “1. Ato ou efeito de aplicar(-se). 2. Execução prática de uma teoria ou disciplina; emprego”.

3. DOCTRINA

Sílvio de Salvo Venosa ao tratar das fontes do Direito inclui entre elas a analogia. Apesar de equiparar a analogia a uma forma de raciocínio, como também os princípios gerais e a equidade, conclui que aquela é “verdadeira fonte do Direito”. A esse respeito se expressa o ilustre doutrinador:

“Ao estudarmos as fontes ficou acentuado que o costume é fonte subsidiária entre nós e, ao lado, da analogia, dos princípios gerais e também da equidade constituem formas de raciocínio para a aplicação e integração do Direito”¹⁴.

Ainda segundo o mesmo autor:

“Advirta-se que a analogia não constitui propriamente uma técnica de interpretação, como a princípio possa parecer, mas verdadeira fonte do Direito, ainda que subsidiária e assim reconhecida pelo legislador no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”¹⁵.

Ronaldo Poletti conceitua fonte como “o processo ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”¹⁶. Ao discorrer sobre o assunto ele elenca como fontes do Direito apenas a lei, o costume, a jurisprudência, o poder negocial e a doutrina, sem indicação expressa da analogia como tal.

Considerando a existência de fontes materiais e fontes formais do Direito, Paulo Dourado de Gusmão¹⁷ aponta que somente as fontes materiais seriam propriamente fontes do Direito, pois delas é que “o direito provém”, visto que as fontes formais apenas “indicam os meios de que as primeiras, no reino jurídico, se apresentam revestidas”. Nesse sentido as fontes materiais são

“formadas pelos fenômenos sociais e pelos elementos extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, que contribuem para formar o conteúdo ou a matéria das regras jurídicas, isto é, das fontes formais do direito”¹⁸.

¹⁴ VENOSA, 2010, pág. 174.

¹⁵ VENOSA, 2010, pág. 136.

¹⁶ POLETTI, 2012, pág. 220.

¹⁷ GUSMÃO, 1984, pág. 127-128.

¹⁸ GUSMÃO, 1984, pág. 128.

Mais adiante o mesmo autor elenca cinco espécies de fontes formais do Direito: legislativas; consuetudinárias; jurisprudenciais; convencionais; doutrinárias¹⁹. Entre as indicações em cada espécie não há qualquer menção direta à analogia.

Depois de contestar a existência das fontes materiais do Direito, Antonio Bento Betioli conclui:

“Em suma, o direito resulta de uma série de fatores sociais e de valores que a filosofia e a sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz, mediante as mencionadas formas de expressão ou fontes, que dão nascimento às correspondentes normas jurídicas: legal, consuetudinária, jurisprudencial e negocial”²⁰.

Tudo leva a crer, exceto melhor juízo, que Betioli considera as fontes como formas de expressão, que a nosso ver, as aproxima da característica de enunciados como no caso, sem qualquer dúvida, da norma jurídica.

De outro lado, para Miguel Reale²¹ a analogia está a meio caminho entre a indução e a dedução, ou seja, pode ser considerado um método intermediário entre a dedução e a indução. Pela analogia, na falta de norma jurídica específica para determinado fato, aplica-se uma norma editada para fato semelhante, no propósito de superar a omissão no ordenamento jurídico. Referido autor afirma:

“... 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”²².

Desse modo, Reale ao equiparar a analogia à dedução e à indução lhe atribui o caráter de método.

No mesmo caminho, Maria Helena Diniz escreve que a analogia é “um procedimento quase lógico”, que para nós a inclui como método de conhecimento ou de estudo da ciência jurídica.

¹⁹ Idem, pág. 132.

²⁰ BETIOLI, 2011, pág. 162.

²¹ REALE, 2009, pág. 85.

²² Idem, 2009, pág. 85.

Assim se expressa a autora:

“A nosso ver, a analogia é um argumento lógico-decisional, pois sua aplicação deva à decisão do magistrado, sem contudo haver inferências lógico-silogísticas, implicando uma seleção, um juízo avaliativo por parte do órgão judicante, dos elementos relevantes”²³.

Para nós, quando Diniz explica que a analogia seria um argumento lógico-decisional, que implica numa seleção e num juízo avaliativo, a equipara a um método. Diante disso, portanto, parece-nos que a respeitada autora não inclui a analogia no rol das fontes do Direito, haja vista que ao tratar desse assunto, especificamente, classifica as fontes formais em estatais e não estatais. As primeiras seriam as legislativas e as jurisprudenciais. As fontes não estatais, por sua vez, seriam o costume jurídico, a doutrina e os negócios jurídicos²⁴. Também nesse caso, não há citação categórica da analogia como fonte jurídica.

Outro autor que classifica a analogia como método²⁵ e não fonte é Tercio Sampaio Ferraz Junior. Este autor afirma: “O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução e a indução e, no caso do direito, sobretudo a analogia”²⁶. Contudo, ele mesmo, ao tratar das fontes do Direito afirma que o termo “é uma metáfora cheia de ambigüidades” e esclarece:

“As discussões sobre o assunto [...] revelam que muitas das disputas resultam daquela ambigüidade, 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 de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação”²⁷.

Certo que neste ponto, segundo o último doutrinador mencionado, reconhece-se uma dubiedade na expressão fonte do Direito, que pode conduzir seu significado a processo de elaboração e, portanto, método.

²³ DINIZ, 2009, pág. 462.

²⁴ Idem, pág. 285.

²⁵ Especificamente, procedimento lógico, portanto, não fonte do Direito.

²⁶ FERRAZ JR., 2010, pág. 53.

²⁷ FERRAZ JR., 2007, pág. 225.

Note-se que o propósito deste texto é exatamente tratar essa dicotomia, se seria a analogia uma fonte ou um método do Direito. Percebe-se que a discussão não é sem propósito. Contudo, se tomarmos o termo fonte apenas no sentido formal, ou seja, como origem ou fundamento formal do Direito, como em parte coloca Gusmão, somos conduzidos a atribuir-lhe uma natureza de enunciado ou de conteúdo.

Assim, a fonte formal do Direito revelaria um enunciado a servir de fundamento para a solução de conflitos jurídicos, tal qual a própria norma jurídica.

De qualquer modo, entre os autores citados, somente um deles, o consagrado jurista Sílvio de Salvo Venosa, classifica expressamente a analogia como fonte do Direito.

4. CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto, podemos, inicialmente, concluir que fonte do Direito é todo enunciado que revele um conteúdo que servirá como fundamento para a resolução de um embate jurídico. Ademais, podemos considerar método como o processo racional de construção do conhecimento. Nesse sentido, podemos fazer uso de um método na aplicação de uma fonte do Direito para a solução de conflitos jurídicos.

Na esteira do pensamento construído até agora, parece-nos razoável entender que analogia nada mais é do que um processo lógico pelo qual se busca a solução de um conflito jurídico diante da circunstância de inexistência de norma jurídica específica para a respectiva solução. Nessa hipótese, pelo uso do método analógico busca-se em uma das fontes do Direito, notadamente uma norma jurídica, o enunciado que sirva, por semelhança, para aplicação no caso concreto e respectiva solução da controvérsia jurídica.

Portanto, analogia não nos parece ser fonte do Direito, apesar de sua alusão entre fontes do Direito no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, senão apenas método racional lógico de utilização de uma das fontes para a solução dos conflitos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional. 11^a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 20^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. 2^a ed. – 17^a reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

_____ Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 5^a ed. – 2^a reimpr. São Paulo: Atlas, 2007

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5^a ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 10^a ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

POLETTI, Ronaldo. Introdução ao direito. 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27^a ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva: 2009.

_____ Filosofia do Direito. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____ Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.