

ARGUMENTO ANALÓGICO E DIREITO PENAL: Conceito e Implicações

Luiz Regis Prado¹

INTRODUÇÃO

Por mais zeloso, previdente e sagaz que seja o legislador, é praticamente impossível que em sua obra todas as relações humanas possam ser devidamente tratadas e que a totalidade dos fatos sociais não escape por entre as apertadas malhas das leis.

As relações humanas e sociais são multiformes, contingentes e conflituosas, alteram-se continuamente, em virtude da evolução, do progresso técnico-científico, econômico e social, o que exige a intervenção do direito.

Desde há muito, a experiência ensina que as regras de direito, por mais bem elaboradas que sejam, são incapazes de lograr a plena e satisfatória tutela da grande maioria dos comportamentos e eventos que se verificam em sociedade.

Tem-se, assim, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desalinho, entre o direito posto, as necessidades e aspirações do indivíduo e da sociedade, o que desvela toda a problemática das lacunas normativas (vazios legais).

Nesse passo, e ao se mencionar a noção de lacuna, impõe dizer que se está no terreno próprio da aplicação do direito, pressuposta a interpretação. Portanto, não vale o axioma latino *in claris cessat interpretatio*. A interpretação é sempre obrigatória, indispensável: “não se pode desconhecer a utilidade de uma tarefa mental que vise proporcionar o exato entendimento da lei. Nem sempre esta se apresenta inteiramente clara, e, mesmo quando se mostre simples nos seus termos, podem surgir dúvidas quanto ao seu alcance. O que ela abrange imediatamente, às vezes, não é tudo quanto pode incidir na sua esfera de ação”².

Demais disso, a interpretação revela “um momento de intersubjetividade: o meu ato interpretativo procurando captar e trazer a mim o ato de outrem, não para que eu mesmo signifique, mas para que eu me apodere de um significado objetivamente válido”³.

Na aplicação do direito, tem-se “um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis”⁴.

Com ela, o operador do Direito busca no interior da ordem jurídica os procedimentos admitidos para solucionar uma situação concreta lacunosa. Deste modo, passa-se à integração

¹ Professor Titular de Direito Penal (consultoria@regisprado.com).

² GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1982, t. I, p.169.

³ REALE, M. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 240.

⁴ REALE, M. *Lições preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, 295-296.

do sistema normativo.

À respeito, verbera-se que “o sistema jurídico é aberto e incompleto, uma vez que o direito é um fenômeno dinâmico e bastante complexo, com aspecto multifário, contendo várias dimensões: normativa, fática e axiológica. De maneira que o sistema jurídico se compõe de três subsistemas isomórficos: o de normas, o de fatos e o de valores”. E, em seguida, arremata-se: “o direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas. O que poderia parecer paradoxal se se captar o direito estaticamente. É ele lacunoso, mas sem lacunas, porque o seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável”⁵.

Na mesma perspectiva, pondera Antolisei que: “nessun artificio logico può distruggere quella realtà che è l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico, la cui pretesa completezza cotituisce nulla più che una favola e un'illusione, il procedimento analógico è un vero e proprio mezzo di integrazione delle norme legali”⁶.

A lacuna no campo do Direito pode ser entendida como sendo "uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico".⁷ Verifica-se quando a lei for omissa ou falha em relação a determinado caso.

Na hipótese, dá-se uma incompletude do sistema normativo. Afirma Bobbio que “um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não comprehende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem lacuna”.⁸

Nas palavras de Larenz, a "lacuna da lei (*de lege lata*) existe sempre e só quando a lei, a avaliar pela sua própria intenção e imanente teleologia, é incompleta e, portanto, carece de integração, e quando sua integração não contradiz uma limitação (a determinados factos previstos) porventura querida pela lei. O mesmo se pode exprimir dizendo que se tem de tratar duma incompletude contrária ao plano do legislador".⁹

⁵ DINIZ, Maria H. *As lacunas no Direito*. São Paulo: Ed. RT, 1981, p. 257-258.

⁶ ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto Penale*. Parte generale. Milano: Giuffrè, 2003, p.98.

⁷ ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J.Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965, p. 223.

⁸ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste dos Santos. Brasília: Polis-UnB, 1990, p.115.

⁹ LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José de Souza e Brito e José António Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian p. 436-37. Recaséns Siches a conceitua do seguinte modo: "Quando, para resolver um caso concreto e singular levado ao juiz, não se pode encontrar em parte alguma do ordenamento positivo vigente norma ou princípio que direta ou indiretamente se refira à situação ou ao conflito levado a julgamento, então dá-se o que se chama uma lacuna ou vazio no direito formulado" (RECASÉNS SICHES, L. *Tratado de filosofía del Derecho*, México: Porrua, 1970, p. 325). A antinomia jurídica - que não se confunde com a lacuna - deve ser conceituada como a "oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de

Cada ordenamento jurídico estabelece fórmulas ou meios de solucionar a problemática da lacuna, seja por intermédio da autointegração, seja através da heterointegração. Na primeira, estabelece-se que a integração seja feita pelo próprio ordenamento, e no contexto da mesma fonte, sem recursos externos. Já a heterointegração, utiliza-se de fontes externas.

Para Carnelutti, autor da aludida classificação, a autointegração é conceituada, nos termos seguintes: “uma lacuna, pela autointegração, preenche-se mediante os recursos da própria fonte [...].” E continua o autor: “o método festa elaboração chama-se analogia. Ponto assente é que, quando se fala de analogia não há norma, nem preceito. Se houvesse norma e preceito seria excluído o processo de deficiência”. Já a heterointegração (dividida em heterointegração ascendente e heterointegração descendente) vem explicada como: “Nesta hipótese, trata-se de integrar as lacunas de uma fonte com as normas ou com os preceitos fornecidos por uma outra fonte”¹⁰.

Desse modo, a “função da analogia é a autointegração da ordem jurídica em relação à eliminação das inevitáveis lacunas apresentadas pela disciplina legislativa e consuetudinária”¹¹

O argumento analógico aparece como importante método supletivo, de autointegração, do direito na hipótese de lacuna ou falta de disposição legal.¹²

É o que reza o artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Também, no direito positivo, determina-se, de modo expresso, como obrigatória, a manifestação do julgador diante do caso levado à sua apreciação.

O artigo 140 do Código de Processo Civil é enfático ao dispor que o juiz não pode abster-se de julgar invocando a falta de lei: “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

É justamente a incompletude da lei que torna indispensável a constatação e a aplicação analógica, pela qual o sistema jurídico estende toda sua força reguladora a situações não previstas, buscando uma solução que lhe seja imanente.¹³

1. Argumento analógico: antecedentes, conceito, fundamento e espécies

autoridades competentes num mesmo âmbito normativo” (FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 189), ou, tão-só como o conflito ou a incompatibilidade entre duas normas (DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 23-27).

¹⁰ CARNELUTTI, F. São Paulo: Lejus, 2000, p.189-198. Também, Emilio Betti. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad.Karina Jannini. São Paulo:Martins Fontes, 2007, p.89 e ss.

¹¹ BETTI, E. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. Trad. Karina Jannini. São Paulo:Martins Fontes,2007, p.90.

¹² GAVAZZI, G. *Elementi di teoria del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p.87-88.

¹³ PETEV, V. "Analogie et distinction". *Revue de la Recherche Juridique*. Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 4, 1995, p. 1.033.

De primeiro, observa-se que não há consenso entre os lógicos e juristas no que diz respeito à natureza ou estrutura de tal espécie de raciocínio, tanto do ponto de vista lógico como do jurídico.¹⁴

No campo da lógica, a noção de argumento analógico é de difícil percepção, porque inexiste na verdade um conceito único de analogia, mas sim uma grande pluralidade de conceitos.

Todavia, nos conceitos, em geral, aparece algo em comum, isto é, a ideia de semelhança ou similitude.

A distinção entre o termo argumento analógico e o seu conceito ou o sentido que lhe é atribuído tem grande relevância.

Assim, salienta-se que o termo analogia tem dois significados: o sentido próprio e limitado, de uso matemático, e o sentido de extensão provável do conhecimento mediante o uso de semelhanças genéricas – “passagem de uma proposição que exprime uma certa situação a uma outra proposição que exprime uma situação genericamente semelhante”.¹⁵

O primeiro significa originariamente identidade ou igualdade de relação entre termos, ou, com mais precisão, proporção matemática (ex.: 10 está para 40 como 20 está para 80). É o sentido utilizado por Platão na *República* (VII, 534a), e por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* (V,5,1131), trasladando o conceito do campo da matemática para o da justiça distributiva¹⁶, como proporção geométrica que divide os bens e os encargos entre os homens segundo seus méritos. Aristóteles aplica a ideia de igualdade de razão às questões do ser, através do que denomina analogia do ente.

Em Roma, mostra-se amplamente empregado o argumento analógico, de maneira casuística. É perceptível em certas expressões: “*ad similia procedere*”, “*ad similitudinem*”, “*comparatio*”, “*proportio*”, e a afirmação: “*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus c “onsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni proveest ad similia procedere atque ita ius dicere*”.

A analogia do ser ou ontológica é a desenvolvida pela Escolástica tomista (tradição aristotélico-tomística) no sentido da correspondência ou semelhança entre Deus e sua criatura (homem), o que permitiria falar em conceitos humanos referidos a Deus (*analogia entis*).¹⁷ No citado âmbito (argumentos “*a fortiori* e *a contrario*”), aponta-se a diferenciação entre analogia de atribuição ou de proporção e analogia de proporcionalidade.¹⁸

¹⁴ Nesse sentido, destaca Engisch que a estrutura lógico-formal deste argumento tem quebrado a cabeça de muita gente (op. cit., p. 234).

¹⁵ ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p.51 e ss.

¹⁶ Cf. LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris: PUF, 1993, v. 1, p. 51-53.

¹⁷ Cf. FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*, I, p.127-128. Trata-se de tema especialmente afeto à ontologia ou à metafísica. Thomas de Aquino diferencia “o ser das criaturas, separável da sua essência e, portanto, criado, e o ser de Deus idêntico à essência e, portanto, necessário. Estes dois significados do ser não são uníacos, isto é, idênticos, nem equívocos, isto é, simplesmente diferentes; são análogos, isto é, semelhantes, mas de proporções diversas” (ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p.52-53).

¹⁸ Cf. BOBBIO, N. "Analogia". In: *Novissimo Digesto Ital.* Milano: Giuffrè, 1974, p. 602-603; LALANDE, A., op. cit., p. 51 e ss. A história da analogia no quadro evolutivo do pensamento filosófico está ligada à

Ainda, na Idade Média, com o labor dos glosadores e pós-glosadores, emerge o conceito de analogia como procedimento por semelhança: “*procedere de similibus ad similia*”, com lastro na identidade de razão: “*eadem qualitas o identitas rationis*”; “*ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositivo*”.

Na *ratio legis* do citado brocardo, quer-se dizer razão suficiente da lei: “O princípio de razão suficiente afirma que, para todas as coisas, há uma razão pela qual elas são o que são, e para expressar essa ideia com uma fórmula típica, ‘*nihil est sine ratione cur potius sit quam non sit*’”¹⁹.

Ao raciocínio analógico que vai de parte a parte passando por uma proposição geral, Aristóteles, no *Órganon*, denomina paradigma ou indução retórica; os escolásticos “*exemplum*”, e os juristas medievais *argumentum a simili* ou procedimento a *similibus ad similia*.

No entender de Aristóteles: “Temos um paradigma quando se demonstra que o extremo, maior é aplicável ao termo médio por meio de um termo semelhante ao terceiro. É preciso que se saiba tanto que o termo médio se aplica ao terceiro termo, como que o primeiro [termo] se aplica ao termo semelhante ao terceiro. Por exemplo, que A corresponda a má, B a guerrear com os vizinhos, C Atenas contra Tebas e D Tebas contra Fócida. Então, se necessitamos demonstrar que a guerra contra Tebas é má, temos que nos contentar que a guerra contra os vizinhos é má” (...). E, em seguida, continua: “Assim, evidencia-se que um paradigma representa a relação não da parte com o todo ou do todo com a parte, mas de uma parte com outra parte, onde ambas estão subordinadas ao mesmo termo geral e uma delas é conhecida. Difere da indução em que esta última, como vimos [68b27], demonstra a partir de um exame de todos os casos particulares, que o termo maior se aplica ao [termo] médio e não liga a conclusão com o termo menor, ao passo que o silogismo a liga e não utiliza todos os casos particulares para a sua demonstração”²⁰.

Alude-se sobre a construção aristotélica que: “Bajo el nombre de *paradeigma* (paradigma) designa Aristóteles la conclusión por analogía, y de su análisis resulta ser una conclusión compuesta de inducción y silogismo”²¹.

Na linguagem comum, vale-se do termo analogia para designar correspondência entre propriedades isoladas dos objetos comparados.

De sua vez, no Direito, quando se fala em analogia, costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que compartilha com o primeiro certos caracteres essenciais ou a mesma ou suficiente razão, isto é,

especulação das essências. Sobre este particular aspecto, a analogia assegura a passagem do conhecimento dos fenômenos no sentido da apreensão das essências.

¹⁹ BETTI, E., op. cit., p. 92.

²⁰ ARISTÓTELES. *Órganon*. Livro II, XXIV.

²¹ KLUG, U. *Lógica jurídica*. Trad. Juan D. García Bacca. Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1961, p.165

vinculam-se por uma matéria relevante “*simili* ou *a pari*”.²²

O fundamental, nesse ponto, é que a similitude entre os objetos comparados se manifeste em pontos basilares, vitais, para o argumento²³, e a razão suficiente de lei.

Genericamente, costuma-se elencar os seguintes elementos do mencionado procedimento: o caso dado não é previsto por nenhuma norma (vazio legal); a norma aplicável contempla hipótese diversa; contudo, há semelhança essencial entre o caso e a hipótese normativa; e a mesma *ratio legis*.

Do exposto, ressalta que as noções mais significativas de analogia podem ser assim resumidas: analogia como proporção; analogia como atributo e analogia como argumento. É este sentido que particularmente interessa ao Direito.

A estrutura lógica do argumento analógico é bastante controvertida. Para uns, trata-se de uma forma de argumento indutivo, isto é, "a indução de um particular para outro baseada no princípio de que o predicado conveniente a um particular provavelmente convém também a outro particular análogo ou semelhante".²⁴

Para outros, vem a ser um argumento lógico-decisional;²⁵ um procedimento interpretativo analógico, como forma de interpretação extensiva;²⁶ um raciocínio que está no "meio do caminho" entre a indução e a dedução;²⁷ um instrumento de caráter misto dedutivo-indutivo, que parte "como a indução do caso, e visa, como a dedução, o resultado, não todavia por meio do caso e sim por meio da norma; não é portanto analítica como a dedução mas antes sintética como a indução";²⁸ um instrumento quase-lógico, porque "permite a passagem do particular ao particular e, também, a passagem do geral ao geral",²⁹ ou, ainda, um pensamento pré-lógico, como um pré-juízo, que não é lógico-formal e nem não-lógico ou confuso, fulcrado na natureza das coisas.³⁰

²² Tem-se o esquema lógico seguinte: PM (premissa maior): Se é *Y* deve ser *K*. Pm (premissa menor): *X* não é *Y*, mas é similar a *Y*. C (conclusão): Para *L* deve ser *K*.

²³ Cf. SALMON, W. *Lógica*, Rio: Zahar, 1981, p. 98; COPI, I. *Introdução à Lógica*, São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 314.

²⁴ VAN ACKER, L. "Elementos de lógica clássica". *Rev. da PUCSP*, Vol. XL, 1971, p. 121. No mesmo sentido, SALMON, W., op. cit., p. 98 e ss.; COPI, I., op. cit., p. 314 e ss.; TELLES JR., G. *Tratado da consequência*, São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 306; NÉRICI, I. *Introdução à lógica*, São Paulo: Nobel, 1974, p. 74.

²⁵ Cf. DINIZ, Maria H. *As lacunas do Direito*, cit., p. 121; IDEM, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 408.

²⁶ BOBBIO, N., op. cit., p. 605; IDEM, *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: Ed. Polis/Unb, 1989, p. 151-154.

²⁷ REALE, M. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, I, 1979, p. 128. Nas Lições, explica o autor: "Note-se que a analogia não se reduz a mero processo lógico formal, inserindo-se, ao contrário, no processo axiológico ou teleológico do sistema normativo, em virtude de algo mais profundo, ligado à estrutura da experiência jurídica, e não apenas como consequência formal de semelhanças entre um caso particular e outro" (REALE, M. *Lições preliminares de Direito*, cit., p. 297).

²⁸ KAUFMANN, A. *Filosofia do Direito*. Trad. Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: F.Calouste Gulbenkian,2007, p. 113.

²⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio S., op. cit., p. 273.

³⁰ Cf. KAUFMANN, A. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Trad. E. Barros Bourie. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1976, p. 108.

O procedimento analógico no campo do Direito não é estritamente lógico-formal, pois, nele há sempre um componente de valor.

Como se acentua, "a aplicação analógica só se justifica quando se verifica uma coincidência precisamente naqueles aspectos que são determinantes para a valoração jurídica"³¹.

O juízo axiológico deve encontrar o cerne das semelhanças no que respeita à situação e aos efeitos jurídicos. Importa aqui a denominada “convergência determinante”, para servir à constatação e ao preenchimento das lacunas.

Ocorre, por isso, que o instrumento analógico é de natureza lógico-valorativa, visto que admite tanto a passagem do particular (ou geral) para outro particular (ou geral), apoiando-se em critério de valor.

No raciocínio jurídico, a analogia emerge então como procedimento de aplicação, de caráter supletivo, e importa na conjugação dos métodos indutivo e dedutivo, além do juízo axiológico.³² Repousa na exigência de tratamento igual para os casos similares. Noutro dizer: fatos de natureza semelhante devem ser tratados da mesma maneira. Conforme a célebre máxima: “*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositivo*”.

A similitude e a correspondência da *ratio iuris* radicam “na congruência de avaliação, que se mostra determinante para o tratamento jurídico e se deduz da identidade substancial daqueles elementos da situação de fato (espécie) que a justificam”.³³

Tem-se que a analogia segue um esquema geral sistemático (lógico dedutivo/indutivo), no âmbito particular (na solução do caso concreto), na apreciação das situações similares através de juízos de valor (do intérprete), predomina de certo modo o raciocínio tópico.

Convém frisar que a analogia não leva à certeza absoluta, mas tão somente a certa probabilidade: “o raciocínio por analogia vai do particular ao particular e nunca possui, do ponto de vista lógico-formal, uma força probatória conclusiva, mas unicamente verossímil ou provável”³⁴.

Indica-se, com frequência, duas modalidades de argumento analógico jurídico: analogia legal (*analogia legis*) e analogia jurídica (*analogia juris*). A primeira parte de um preceito legal concreto e o aplica aos casos similares. Já a segunda arranca de várias disposições jurídicas singulares. Destas últimas se infere um princípio que é aplicado a hipóteses determinadas.

³¹ LARENZ, K., op. cit., p. 439. E arremata o autor: "A problemática da analogia reside, como por aqui se vê facilmente, menos na verificação da semelhança das previsões do que na resposta à pergunta, se uma parcial coincidência é axiologicamente tão significativa que justifica o igual tratamento jurídico dos grupos de casos" (cit., p. 440).

³² Cf. FERRAZ JR., Tercio S., op. cit., p. 275. De sua vez, Maximiliano afirma que o procedimento analógico "não cria direito novo, mas descobre o já existente e integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador" (MAXIMILIANO, C. *Hermenéutica e aplicação do Direito*. Rio: Forense, 1979, p. 214). Maria Helena Diniz alude ser a analogia um "processo revelador de normas implícitas" (op. cit., p. 410).

³³ BETTI, E., op. cit., p.97.

³⁴ FERRATER MORA, J., op. cit., p. 131.

Trata-se de um postulado restrito, obtido indutivamente.

Também, nesse particular aspecto, não há consenso entre os autores. Alguns entendem que a analogia jurídica se confunde com os princípios gerais do direito.

A analogia jurídica, explica Maximiliano, funda-se "nos princípios gerais do direito porque uma norma não é reconstruída pela combinação das outras normas".³⁵

Essa parece ser a posição majoritária: de que há apenas *analogia legis*. Contrariamente, entende-se que é possível aplicar os princípios gerais do Direito ao caso concreto por via direta, sem necessidade de utilização do processo analógico.³⁶

De outro lado, ainda, que tal distinção tem a ver com a indução amplificadora,³⁷ ou que é tão-somente de grau.³⁸

2. ARGUMENTO ANALÓGICO E NORMA PENAL

2.1 Interpretação extensiva e interpretação analógica

Advitta-se, de início, que o argumento analógico ou simplesmente analogia jurídica não se confunde, como evidenciado, com a interpretação - extensiva ou analógica - já que é um instrumento ou mecanismo de aplicação integrativa (autointegração) de lacunas, e não meramente interpretativo³⁹.

À interpretação extensiva, opõe-se a interpretação restritiva. Naquela, o sentido vai além do modelo verbal, isto é, o significado ultrapassa o texto legal ("lex minus dixit quam voluit"); nesta, o sentido fica aquém da expressão literal. Na interpretação extensiva "existe sempre uma lei, ainda que mal expressa".⁴⁰

Na interpretação extensiva, a hipótese fática não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito. Esta modalidade de interpretação é perfeitamente lícita e não se opõe ao princípio de legalidade dos delitos e das penas. De logo, não vale o antigo aforisma *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*, sendo contrário ao fim da interpretação, que busca descobrir o sentido ou vontade da lei.⁴¹

A seu turno, em sede de procedimento analógico, como há lacuna, omissão legal, a hipótese não está em nenhum lugar, nem na letra, nem no espírito da lei posta, mas é similar ao

³⁵ MAXIMILIANO, C., op. cit., 263. Ainda, REALE, M., op. cit., p. 330.

³⁶ Cf. FRANÇA, R. Limongi *Elementos de hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.

³⁷ Cf. FERRAZ JR., Tércio S., op. cit., p. 244.

³⁸ Cf. ENGISCH, op. cit., p. 240. Binding considera a citada diferenciação não só incerta como despida de importância prática.

³⁹ Assim, preleciona-se que: "Il procedimento di cui trattasi, quindi, non può considerarsi come una forma di interpretazione"(Antolisei, F., op.cit., p.98).

⁴⁰ COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1986, p. 4.

⁴¹ CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*. 6^a ed. Madrid: Tecnos, 2004. I, p. 209.

compreendido pela norma.

Dessa forma, na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se a significação das palavras para se alcançar a *mens legis*: artigo 130 do Código Penal inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave; no artigo 168 do Código Penal a expressão coisa alheia inclui a coisa comum; o revogado artigo 235 do Código Penal se refere não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o artigo 260 do Código Penal inclui, além do serviço ferroviário, o serviço de metrô).

De seu turno, a interpretação analógica (*intra legem*), espécie do gênero interpretação extensiva, abrange os casos análogos, conforme fórmula casuística gravada no dispositivo legal. Há extensão aos casos semelhantes - análogos - aos regulados expressamente (ex.: referência a condições semelhantes às de tempo, lugar, maneira de execução (art. 71, *caput*, CP); a outro recurso análogo à traição, emboscada, dissimulação (art. 61, II, c, CP); as substâncias de efeitos análogos ao álcool (art. 28, II, CP); a outro sinal indicativo de linha divisória, como tapume ou marco (art. 161, CP); ou outro recurso (art. 121, § 2.º, IV, CP). Na hipótese, é a própria vontade da norma (*voluntas legis*) cingir hipóteses similares àquelas por ela disciplinadas.

2.2 Argumento analógico, norma penal incriminadora e não incriminadora

Antes, porém, de dar prosseguimento à análise, deve ser apontado o asserto doutrinário de que o argumento analógico em matéria penal pode ser em prejuízo do réu (*in malam partem*) e em favor do réu (*in bonam partem*).⁴²

O seu emprego sofre restrições no que toca às normas penais incriminadoras (norma penal *stricto sensu*) e às normas penais não incriminadoras quando prejudiciais ao réu.

Portanto, as normas penais de determinação, que definem o injusto culpável e estabelecem as consequências penais, não são passíveis de aplicação analógica (ex.: art. 155 - furto de uso; no art. 198 - constranger para não celebrar, etc.).

O Direito Penal alça-se como um sistema normativo cerrado, em se tratando de normas de determinação (mandamento/proibição). Forja-se desse modo um sistema descontínuo de ilícitudes, nas palavras de Soler.

A limitação vem insculpida, de forma expressa, no artigo 1.º do Código Penal, e tem assento constitucional igualmente explícito (art. 5.º, XXXIX, CF)⁴³.

Convém lembrar que o Código Penal republicano de 1890, após dispor sobre o princípio de legalidade, veda explicitamente o emprego da analogia contraria ao réu: "Art. 1º. Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou

⁴² Jimenez de Asúa se manifesta contra o acolhimento da analogia *in bonam partem*, alegando que "idênticos resultados podem ser obtidos em virtude de uma interpretação teleológica e sistemática com resultados progressivos" (*La ley y el delito*, Buenos Aires: Sudamericana, 1976, p. 139-140). Da mesma forma, Hungria, para quem "há pouco espaço para a aplicação da analogia *in bonam partem*" (*Comentários ao Código Penal*. Rio: Forense, 1979, I, p. 78).

⁴³ Cf. PRADO, L.R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 7ª ed. Londrina: Thoth, 2025, v.I, t.1, p. 216 e ss.

paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas”.

A previsão da legalidade penal é da maior tradição do Direito brasileiro, presente em todas as Constituições e Códigos Penais⁴⁴.

A função da lei é a de prever e descrever, com exclusividade, quais as condutas que devem ser consideradas ilícitos penais. Esta exigência é enunciada por Ernest Beling, dando lugar ao reconhecimento da tipicidade como um dos elementos do conceito de delito como ação ou omissão típica ilícita e culpável⁴⁵.

A criação doutrinária da figura do tipo (princípio de tipicidade) serve para reforçar e complementar o contido no princípio da legalidade dos delitos e das penas. Daí a clássica afirmação do citado autor de que não há delito sem tipo legal (ilicitude tipificada).

É quase pacífico o entendimento quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não incriminadoras gerais (ex.: excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes).

À respeito, Carrara leciona que as normas eximentes ou escusantes podem ser estendidas, por analogia, de caso a caso.

Fica evidente assim que a sua admissão se manifesta sempre *in bonam partem* para as normas penais não incriminadoras gerais. Estas não constituem direito excepcional em relação às normas penais incriminadoras, "mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se

⁴⁴ Afirma-se, a propósito que: "a oposición ao procedimiento analógico é a regra entre os juristas do mundo, não enquadrados no nacional socialismo ou no regime soviético" (JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, v. 1, p. 483). No Congresso Penitenciário Internacional, de 1935, Güthner sugere a substituição da fórmula “*nullum crimen sine lege*” por “*nullum crimen sine poena*”. O Código Penal dinamarquês (art. 1), de 1939, admite a analogia, mas "razões técnicas e uma grande experiência judicial" impedem extravios ou a colocação em risco das garantias políticas (JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*, cit., p. 130). Também, a analogia *in malam partem* é admitida no Código Penal soviético de 1926 (art.16) e na Lei alemã de 28 de junho de 1935, que alterou o §2º do Código Penal alemão. O primeiro dispõe: "Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinarán los fundamentos y la extensión de su responsabilidad conforme a aquellos artículos de este Código que prevean los delitos de naturaliza análoga". E a segunda prevê: Será castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que merezca castigo según el concepto básico de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo (gesundes Volksempfinden). Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al hecho, éste será castigado conforme a la ley cuyo concepto básico corresponda mejor a él" (JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*, II, p.506-516; MERLE, R.; VITU, A. *Traité de Droit Criminel*. Problèmes généraux de la science criminelle, p. 252). Após mencionar os exemplos citados, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 (item 6), de Francisco Campos, repudia o uso da analogia em desfavor do réu, em especial para criar figuras delitivas, e destaca que: "A adoção da analogia em direito penal, para que o juiz eventualmente se substitua ao legislador, importará, inevitavelmente, na insegurança do direito. Nem mesmo poderá subsistir um nítido traço distintivo entre o injusto penal e o fato lícito. O texto expresso da lei cederá lugar à sensibilidade ética dos juízes, acaso mais apurada que a moral média do povo. Além disso, haverá o grave perigo de expor os juízes, na criação de crimes ou na imposição de penas, a pressões externas, a paixões dominantes no momento, às sugestões da opinião pública, nem sempre bem orientada ou imparcial". É de grande atualidade esta lição. Lamentavelmente, no Brasil, têm-se exemplos recentes de tal proceder: decisão do S.T.F. de criminalizar *in malam partem* a homofobia e a transfobia (Lei 7.716/1989); decisão de tipificar como delito o não-pagamento do ICMS, ambas decisões em flagrante e abjeta violação ao princípio constitucional da legalidade à segurança jurídica e ao princípio da divisão de poderes, inerentes ao Estado democrático de Direito.

⁴⁵ PRADO, L.R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 7ª ed. Londrina:Thoth, v.I, t.II, p.47 e ss.

aplicam à matéria de que elas se ocupam".⁴⁶

Do mesmo sentir, Bettiol assevera que no Direito Penal "...não há nada de excepcional, por sempre constituir um complexo de normas jurídicas que regulam de modo normal uma típica manifestação de atividade antissocial, como é a atividade delituosa". E aduz ainda que "entre o direito não penal de um lado e o direito penal de outro não subsiste um desvio de caráter lógico que justifique e explique a excepcionalidade do último".⁴⁷ Isso quer dizer que tanto as normas incriminadoras como as não incriminadoras são verdadeiras normas penais.

Contudo, interessante questão vem à tona quando se trata de norma penal não incriminadora excepcional.⁴⁸

É de notar, primeiramente, que a seara em epígrafe versa sobre direito excepcional, que deve ser interpretado restritivamente, e ao qual se associa a proibição do recurso analógico: "*Singularia non sunt extendenda*".⁴⁹

Dessa forma, duas normas podem estar entre si na relação regra-exceção: à regra estabelecida pela primeira se opõe a exceção. Esta tem um âmbito necessariamente mais restrito que aquela, e persegue finalidades próprias.

As normas excepcionais constituem exceção às disposições gerais de outras ou a determinada norma. Mas a questão crucial se relaciona com o fundamento do princípio que refuta o uso do argumento analógico em relação às normas excepcionais.

Em primeiro lugar, é oportuno salientar que, se existe uma regra e uma exceção, e aparece uma hipótese para a qual se busca tutela, deve ela ser abarcada pela regra geral. Isso porque a exceção é circunscrita a determinados casos para os quais é especialmente endereçada. Daí não ter o condão de agasalhar novas situações. Portanto, a disposição singular se aplica tão somente aos casos por ela previstos de maneira explícita.

O procedimento analógico, diz Ferrara, "não pode desenvolver-se no domínio do *ius singulare*, porque este, tendo sido introduzido exclusivamente para determinadas categorias de pessoas, coisas ou relações, constitui um *campo fechado* que não pode ser alargado pelo intérprete, mas só pelo legislador"⁵⁰

A própria *ratio* do direito excepcional constitui de certo modo um limite normal ao

⁴⁶ BRUNO, A. *Direito Penal*. Parte geral. Rio: Forense, 1967, 1, p. 225; no mesmo sentido, claríssimo, FRAGOSO, H. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio: Forense, 1985, p. 88. Contra: HUNGRIA, N., op. cit., p. 99.

⁴⁷ BETTIOL, G. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1977, I, p. 169. A norma excepcional por estar prevista "*contra tenorem rationis*" não é passível de ampliação por analogia ("*non sunt producendum ad consequentias*"). Tem-se entendido, também, que a enumeração taxativa não admite a aplicação da analogia.

⁴⁸ O Código Penal espanhol de 1888 dispõe expressamente *in verbis*: "Art. 4.2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". O Código Penal francês (1810) estabelece o princípio da legalidade das causas de justificação, não eximindo a responsabilidade penal, salvo quando expressamente declarado pela lei (art. 65).

⁴⁹ Cf. LARENZ, op. cit., p. 400; ENGISCH, op. cit., p. 241-242.

⁵⁰ FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. trad. Domingues de Andrade. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1978, p. 163.

emprego da analogia.⁵¹

Nesses termos, as normas não incriminadoras de caráter geral não pertencem à categoria de singulares. Todavia, precisa-se, com acerto, que "o intérprete examine a natureza das eximentes: se se limitam a estabelecer pressupostos de aplicação e esferas de eficácia de uma norma de caráter geral são também normas de caráter regular e, enquanto não são normas incriminadoras, devem ser consideradas passíveis de extensão analógica; se por sua vez representam uma verdadeira interrupção na projeção lógica de uma norma penal, devem ser consideradas de caráter excepcional e, portanto, limitadas aos casos nelas especificados".⁵² E mais ainda, "quando uma norma penal eximente se apresenta como verdadeiro desvio lógico das consequências jurídicas que deveriam naturalmente se seguir, porque a norma incriminadora atuou na presença de todas as condições ou circunstâncias nas quais foi chamada a atuar, a sua expansão lógica deve ser negada. Encontramo-nos frente a uma norma de direito excepcional".⁵³

Como exemplo gráfico de norma penal não incriminadora excepcional há a constante do artigo 128, II, do Código Penal, que estabelece a impunidade do aborto, se a gravidez resulta de estupro.

No que concerne à matéria, tem-se que "não é possível aplicá-la analogicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual, embora tal aplicação viesse beneficiar o réu".⁵⁴

De outro lado, a maior parte da doutrina brasileira, *contrario sensu*, considera tratar-se de norma penal não incriminadora passível de aplicação analógica *in bonam partem*⁵⁵.

A regra ancorada no artigo 128, II, do Código Penal ergue-se como norma penal não incriminadora singular ou excepcional em relação à norma penal não incriminadora geral (art. 23, CP). Pelo que, como se trata de *jus singulare*, em princípio, não deve ser aplicado o procedimento analógico.

Entretanto, existe, pois, recurso ao argumento *a contrario* ou analógico, desde que ínsito no âmbito do cânones normativo, e que a *ratio* do tratamento excepcional corresponda ao caso regulado.

Aí sim pode-se se falar em aplicação do argumento analógico *in bonam partem* em sede

⁵¹ O Código Civil espanhol veda expressamente a aplicação analógica para as leis excepcionais (art. 4,2, CCE). No Direito italiano, há o artigo 14 das Disposições Preliminares do Código Civil: "As leis penais e as que abrem exceção às regras gerais ou a outras leis não se aplicam além dos casos e dos tempos prescritos". No Brasil, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil reza no artigo 6.º: "A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica".

⁵² BETTIOL, op. cit., p. 171.

⁵³ IBIDEM, p. 172.

⁵⁴ FRAGOSO, H. op. cit., p. 88.

⁵⁵ Cf. GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. Parte geral, I, 2007, p. 47; NORONHA, M. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, I, p. 74; DAMÁSIO, de Jesus. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1991, I, p. 48; MIRABETE, J. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Atlas, 1990, I, p. 50, entre outros.

penal⁵⁶. Não é outro o enunciado por Engish: "nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional é bem possível uma analogia".⁵⁷

Para além do aspecto de justiça, deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos casos intrínseca e essencialmente similares, para estabelecer uma igualdade jurídica de tratamento entre os casos.

CONCLUSÃO

A partir do exposto, e em apertada síntese, ressaem enumeradas algumas principais notas conclusivas: a analogia constitui raciocínio utilizado tanto na lógica como no direito, desde a Antiguidade, passando pelo Medievo até chegar à Modernidade; no âmbito jurídico, sua conceituação provém do trabalho dos glosadores e pós-glosadores; é tida como o raciocínio consistente em aplicar a um caso não previsto, a norma jurídica que versa sobre outro essencialmente similar, e obedece a mesma razão legal (decisão idêntica para hipóteses semelhantes); o argumento analógico jurídico tem natureza complexa, podendo ser considerado como lógico-valorativo; situa-se no interior da aplicação jurídica, como instrumento de autointegração da ordem jurídica; o argumento analógico sofre proibição no contexto penal de determinação (normas incriminadoras e não incriminadoras), por força do princípio da legalidade (art.1º,CP) e da própria natureza do sistema penal, sempre que for desfavorável ao réu (*in malam partem*); no que tange à analogia *in bonam partem* não existe tal vedação. Em relação à norma penal não incriminadora excepcional, resta permitida a analogia favorável ao réu, desde que no âmbito estrito do princípio ou base da referida norma excepcional.

⁵⁶ De toda sorte, os elementos necessários ao emprego da analogia em favor do réu, genericamente considerada, são: “a) dal dovere, innanzitutto, di desumere rigorosamente l’*eadem ratio* dal diritto scritto, di cui l’analogia costituisce um logico sviluppo, senza possibilità di alimentarla a quelle fonti sostanziali che costituiscono il vero polmone dell’analogia; b) dal fatto che anche le disposizioni a favore del reo debbono presentare, in ossequio al principio di tassatività, un necessario grado di determinatezza, che ne delimita la *ratio* e consente di individuare con sufficiente precisione e certezza il rapporto di similitudine (...), che diventerebbe ben più evanescente ed incerto se ancorato a disposizioni vaghe ed indeterminate; c) dal divietto generale di analogia delle norme eccezionale (...), che ne costituisce un ulteriore argine contro utilizzazioni arbitrarie e discriminatorie” (MANTOVANI, F. *Diritto Penale*. Parte generale. Milano: Cedam, 2001, p.80).

⁵⁷ ENGISCH, K. op. cit., p. 241. Nesse sentido, afirma-se que:“La excepción de la regla constituye, a su vez, una regla general respecto a la materia para la que ha sido introducida; en este caso, la norma relativamente excepcional admite la aplicación de la analogía dentro del ámbito de su principio estricto, y en tanto en cuanto la *ratio* del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado” (CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*: metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo. Madrid: Reus, 1947, p. 329). Também, Carnelutti acrescenta que: Após dizer que o tema se baseia num equívoco, “em confundir a lei (expressa), a que faz exceção uma outra lei, com o princípio (tácito) de que a exceção nasceu. Nada impede que a exceção seja, no pensamento do legislador, aplicação de um princípio que compreende ainda outros casos em uma exceção mais ampla à regra expressa” (CARNELUTTI, F. *Teoria geral do Direito*, p.194).

