ARGUMENTO ANALÓGICO E DIREITO PENAL: conceito e implicações

Luiz Regis Prado

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 sempre 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.

Bem se acentua que "O Direito não existe para ser objeto de reflexões e discussões acadêmicas, mas para ser aplicado. A aplicação é o centro de gravidade de qualquer sistema jurídico e sua pedra de toque. O Direito aplica-se quando as relações humanas numa comunidade se ajustam aos preceitos estabelecidos nas normas jurídicas. Todavia, um sistema jurídico é um 'projecto' para organizar e regular a vida social, e esse projecto não alcança nunca uma plena realização. Existe uma certa tensão entre o que é e o que deve ser, e esta tensão entre a norma e a realidade é um aspecto inevitável da vida jurídica e social".[1]

Tem-se, portanto, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desalinho, entre o direito posto e as necessidades e aspirações socioindividuais, 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. Desse modo, não vale o axioma latino *in claris cessat interpretatio* (no sentido de que diante de um preceito claro não se necessitaria de interpretação)[2].

---

[1] LATORRE, A. *Introdução ao Direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina,1978, p. 95.

[2] MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 33-35. O autor destaca que o conceito de clareza (no caso da lei) é relativo: " o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa

A interpretação, genericamente considerada, é sempre obrigatória, indispensável: "não se pode desconhecer a utilidade de uma tarefa mental que vise proporcionar o exato entendimento da lei. Nem sempre 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"[3].

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"[4].

Também, entende-se que "a analogia se insere por detrás da interpretação, por detrás mesmo da interpretação extensiva. Se, para a interpretação, se assenta na regra de que ela encontra o seu limite lá onde o sentido possível das palavras já não dá cobertura a uma decisão jurídica, é neste limite que começa a indagação de um argumento de analogia".[5] Isso quer dizer que a linha divisória entre a interpretação jurídica e a aplicação do direito, via analogia, é, muitas vezes, bastante tênue.

Na aplicação do direito, tem-se "um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis"[6].

Através da aplicação se enquadra "um caso concreto em uma norma adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano".[7]

Por meio da analogia, o operador do Direito busca no interior da ordem jurídica aclarar a previsão legal no suposto normativo, e os procedimentos admitidos para solucionar uma eventual situação concreta lacunosa. Deste modo, passa-se à integração do sistema normativo.

Não obstante, devido à sua complexidade, a operação mental de aplicação do direito deve ter ao menos quatro fases ou etapas: a primeira é a seleção da norma sobre a qual incide a operação judicial; a segunda diz respeito à fixação dos fatos concretos sobre os quais está operando o aplicador do direito (constatação e descrição); na terceira fase, faz-se um contraste entre o caso descrito e a hipótese geral da norma jurídica e, por fim, é preciso fixar o sentido e o alcance da consequência jurídica estabelecida pela norma.[8] Não se trata, pois, de uma simples subsunção.

Ainda no concernente ao tema, explicita-se que "o sistema jurídico é aberto e incompleto, uma vez que o direito é um fenômeno dinâmico e bastante complexo, com aspecto

---

orientação" (Op. cit., p. 37). Sobre o fenômeno da "vaguedad", ambiguidade e indeterminação no campo da linguagem e do direito, CARRIÓ, G.R. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1973, p.26 e ss.

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

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

[5] ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1965, p.239.

[6] REALE, M. *Lições preliminares do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.295-296.

[7] MAXIMILIANO, C. Op. cit., p.6.

[8] DÍEZ-PICAZO, L. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 212-213.

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, 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"[9].

Em perspectiva similar, pondera Antolisei que: "nessun artificio logico può distruggere quella realità che è l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico, la cui pretesa completeza cotituisce nulla più che una favola e un'illusione, il procedimento analógico è un vero e próprio mezzo di integrazione delle norme legali"[10].

A lacuna no campo do Direito pode ser entendida como uma "incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico".[11] 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 compreende 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".[12]

Tem-se ademais que 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".[13]

Convém enfatizar que a lacuna não se confunde com a antinomia jurídica, conceituada como a "oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo"[14], ou, como o "conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em

---

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

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

[11] ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 223.

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

[13] LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José de Souza e Brito e José António Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, 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: Porrúa, 1970, p. 325).

[14] FERRAZ JUNIOR, Tercio S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 189

sua aplicação prática a um caso particular".[15]

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 desta 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"[16].

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".[17]

É de ressalvar que a função da analogia no direito é diferente de outros setores científicos. No direito, representa ela "uma operação consciente, tendente a produzir um efeito determinado, enquanto em outros âmbitos da ciência tem uma função explicativa e opera a um nível profundo, estrutural e não consciente".[18]

O argumento analógico aparece então como importante método supletivo, de autointegração, do direito na hipótese de lacuna ou falta de disposição legal.[19]

No dizer de Engisch, "a analogia possui uma função integradora. Ela não exclui as lacunas, mas fecha-as ou colmata-as".[20]

A propósito, 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".

De modo mais específico, dispõe o Código Civil espanhol (1889), alterado em 1974, no artigo 4.1.: "procederá a la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidade de razón".

---

[15] DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 23-27. O ordenamento jurídico tem como viga mestra a coerência lógica, haja vista o princípio da não-contradição. Daí que "a ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando critérios para a solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais" (IDEM, cit., p. 18).

[16] CARNELUTTI, F. *Teoria geral do Direito.* 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.

[17] BETTI, E. Op. cit., p.90. Também, GREÑO, J. E. Analogía jurídica. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1950, t. II, p. 646.

[18] FALCON Y TELLA, M. J. *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid: Civitas, 1991, p. 64-65.

[19] GAVAZZI, G. *Elementi di teoria del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1970, p.87-88. Também, Bobbio: "A função do procedimento analógico no direito é de colmatar as lacunas do ordenamento jurídico positivo" (*L'analogia nella logica del diritto*, p. 103).

[20] ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 226.

Também, no direito positivo brasileiro, 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 gráfico 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.[21]

1. Argumento analógico: antecedentes, conceito e espécies

De primeiro, observa-se que não há consenso entre os lógicos e juristas no que diz respeito à natureza, conceito ou estrutura de tal espécie de raciocínio, tanto do ponto de vista lógico como do jurídico.[22]

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 e matizes.

Sobre a particularidade indicada, pondera Bobbio o que se segue: "Ora una nuova ricerca storica, anche se incompleta e frammentaria, deve avere essencialmente il compito, venendo a contatto con la molteplicità inesauribile delle opinioni, di far sentire la difficoltà del problema, e può quindi servire, col solo rimescolamento delle vecchie idee, a far sorgere dubbi, e, a traverso i dubbi, ad avviare la ricerca ad un ulteriore e più meditato esame teórico"[23]

A seguir, procura-se tracejar alguns aspectos da evolução histórico-filosófica da analogia, considerada genericamente, para, ao depois, adentrar-se o contexto jurídico.

Na Grécia, a construção da analogia se apresenta de cunho essencialmente filosófico (metafísica) e matemático (proporção ou razão de proporcionalidade)[24]. Neste último, emergem a analogia aritmética (relações quantitativas, lineares) e a analogia geométrica (relações de proporção).

O aspecto matemático significa originariamente identidade ou igualdade de relação entre termos, ou, com mais precisão, proporção matemática. É o sentido utilizado por Platão (428-348 a.C.), na *República* (VII, 534a), como "igualdade das relações entre as quatro formas", vale dizer, entre a ciência e a dianóia, pertencentes ao âmbito do "ser", e a crença e a

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

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

[23] BOBBIO, N. *L'analogia nella logica del Diritto*. Memorie dell'Istituto Giuridico della R. Università, XXXVI, Serie II, Torino, 1938, p. 7

[24] FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000, t.I, p.128; FALCON Y TELLA, M. J. *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid: Civitas, 1991, p. 26.

conjectura, relativas à opinião.[25] E, também, por Aristóteles (384-322, a. C.), na *Ética a Nicômaco* (V, 5,1131a), quando traslada o conceito do campo da matemática para o da justiça distributiva[26], como proporção geométrica que divide os bens e os encargos entre os homens, segundo seus méritos.[27]

Convém observar que já em Sócrates (470-399 a.C.), a ideia de analogia surge como uma indução, denominada "*logos analogante*" (em latim, a "*ratio*", regra geral), sendo que se assinala ser a indução socrática nada mais que uma analogia "perfeita e completa".[28]

Ao depois se passa à analogia geométrico-platônica, e ao paradigma aristotélico, como ápice da construção iniciada por seus predecessores. Produz-se, assim, "uma tese em Sócrates, uma antítese em Platão e uma síntese em Aristóteles".[29]

No paradigma aristotélico, a analogia se apresenta como uma mescla entre a indução e a dedução (silogismo), com ênfase nesta última. No que toca à mencionada construção, diz Klug 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".[30]

Aristóteles aplica a ideia de igualdade de razão às questões do ser, através do que denomina "analogia do ente", que é objeto de estudos no Medievo, pela Escolástica, como *analogia entis*.

Em Roma, especialmente na República e no Baixo Império (284 d.C. – 476 d.C.), mostra-se amplamente empregado o argumento analógico, sempre de maneira casuística, *ad exemplum legis vindicandum est*.[31] É perceptível o seu uso em certas expressões: "*ad similia procedere*", "*ad similitudinem*", "*comparatio*", "*proportio*", *producere ad consequentias*, *in argumentam trahere*, *procedere ad similia*, e a afirmação: "*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehndi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere*". Cita-se ainda a lição de Ulpiano (Digesto): "*Nam ut ait Pedius, quotiens lege aliquid, unum vel*

---

[25] ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 52.

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

[27] ABBAGNANO, N. Op. cit., p. 52.

[28] PLATZECK, E-W. *La evolución de la lógica griega en el aspecto especial de la analogía*. Barcelona: CSIC, 1954, p.33 e ss. Afirma o autor que a transição da analogia socrática à geométrica-platônica possibilitou o silogismo de Aristóteles (p. 59)

[29] FALCON Y TELLA, M. J. Op. cit., p. 26 e ss.

[30] KLUG, U. *Lógica jurídica*. Trad. Juan D. García Bacca. Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1961, p.165. Segundo Aristóteles, há 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" (ARISTÓTELES. *Órganon*. Primeiros analíticos. Livro II, XXIV).

[31] JIMENEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Losada, 1964, II, p. 489 e ss.

alterum introductum est, bona occasio est caetera quae tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri" ("Como diz Pédio, sempre que por lei se introduziu alguma coisa, uma ou outra, é boa ocasião para suprir as demais, que tendem à mesma utilidade, quer por interpretação, quer por jurisdição").

Posteriormente, Justiniano I (527-565 d. C.) proíbe o emprego da analogia por tê-la como perigosa para a certeza do direito.[32]

Daquele período é o conhecido conceito de Santo Isidoro (560-636 d.C.): "*Analogia graece, latine similium comparatio sive proportio nominatur. Cujus haec vis est, ut quod dubium est ad aliquid simile quod non est dubium referatur ut incerta certis probentur"* ("A analogia, em grego, chama-se em latim comparação de coisas semelhantes ou proporção. A sua força é tal que o que é duvidoso é remetido a algo semelhante que não é duvidoso, para que as incertezas sejam provadas por meio de coisas certas").

A analogia do ser é a desenvolvida pela Escolástica tomista (tradição aristotélico-tomística), no sentido da correspondência ou semelhança entre Deus e sua criatura (homem), o que permite falar em conceitos humanos referidos a Deus (*analogia entis*).[33]

No citado âmbito (argumentos "*a fortiori"* e "*a contrario*"), aponta-se a diferenciação entre a analogia de atribuição ou de proporção e a analogia de proporcionalidade.[34]

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 identitas rationis*"; "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*". Na *ratio legis* do 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*'" [35] ("nada há sem uma razão pela qual seja, em vez de não ser").

Em síntese, pode-se afirmar que 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 similii"* ou procedimento "a *similibus ad similia*".[36]

---

[32] FALCON Y TELLA, M. J. Op. cit., p. 31-34.

[33] 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 unívocos, 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).

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

[35] BETTI, E. Op. cit., p. 92.

[36] A legislação medieval se utiliza da analogia para colmatar "os vazios da lei penal", sendo o mais destacado exemplo o artigo 105 da "Carolina" (Constituição de Carlos V): "Debe además atenderse que en los casos criminales, para los que los artículos siguientes no establecen castigo alguno, o sobre los cuales no se explican y no se extienden suficientemente, los jueces, cuando se trata de castigar, estarán obligados a pedir consejo para saber de qué manera regularán su juicio para estos casos poco inteligibles, conformándose al espíritu

Mas, no aspecto propriamente jurídico, é tão somente com o surgimento da ideia de que todas as normas estão ligadas em um sistema lógico (Séc. XVIII – noção de ordenamento jurídico) que surge a "*analogia iuris*", como "mecanismo para colmatar as lacunas da lei, mediante o recurso a um novo tipo de princípios, de corte positivista, extraídos por indução do próprio ordenamento jurídico. Mais tarde, nasce, como algo distinto, a expressão '*analogia legis*', termo que passa a designar a analogia por excelência em nossos dias"[37]

Na linguagem comum, e de forma genérica, vale-se do termo "analogia" para designar correspondência entre propriedades isoladas dos objetos comparados. No período escolástico, distingue-se, para referência aos nomes e termos, que "o termo ou nome comum, predicado de vários seres, chamados inferiores, é *unívoco* quando se aplica a todos eles num sentido totalmente semelhante ou perfeitamente idêntico. É *equívoco* quando se aplica a todos e a cada um dos termos em sentido completamente distinto (...). É *análogo* quando se aplica aos termos comuns em sentido não inteiro e perfeitamente idêntico, ou, melhor ainda, em sentido distinto, mas semelhante de determinado ponto de vista ou de determinada e certa proporção" [38].

É, por assim dizer, comum aos vários conceitos de analogia a noção de semelhança ou similitude, já mencionada pelos juristas medievais.

No campo do Direito, quando se fala em analogia, costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento 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, vinculam-se por uma matéria relevante *"simili*" ou "*a pari*".[39]

De forma precisa, Miguel Reale expõe que: "A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos".[40]

O fundamental aqui é que a similitude entre os objetos comparados se manifeste em

---

de nuestras leyes imperiales y de nuestra presente Ordenanza, no siendo posible comprender y especificar en ella todos los casos que puedan suceder, ni los castigos que acarrean" (JIMENEZ DE ASÚA, L. Op.cit., p. 489).

[37] FALCON Y TELLA, M. J. Op.cit., p. 39-40.

[38] FERRATER MORA, J. Op. cit., p. 128-129.

[39] Tem-se o esquema lógico seguinte: PM (premissa maior=regra): Se é *Y* deve ser *K*. Pm (premissa menor: hipótese/semelhança): *X* não é *Y*, mas é similar a *Y*. C (conclusão=extensão): Para *X* deve ser *K*.

[40] REALE, M. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.296. E o autor exemplifica: "Se um caso reúne os elementos a, b, c, d, e, surge um outro com esses elementos e mais o elemento *f*, é de se supor que, sendo idêntica a razão de direito, idêntica teria sido a norma jurídica na hipótese da previsibilidade do legislador, desde que o acréscimo de *f* não represente uma nota diferenciadora essencial" (Op.cit., p. 296-297). De sua vez, Garcia Maynez disserta que a analogia consiste "en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características del caso no previsto, y atribuir a éste las consecuencias que produciría la realización del previsto, si bien entre uno y otro sólo hay identidad parcial. La conclusión que de lo anterior se infiere es que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto legal a un caso no previsto, sino de la creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos sólo son semejantes" (*Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1956, p. 369).

pontos basilares, vitais, para o argumento[41], e para a razão suficiente de lei. Baseia-se a analogia no princípio de igualdade, que exige que as hipóteses similares sejam tratadas da mesma forma.

Em geral, se compõe a analogia dos seguintes elementos: o caso dado não é previsto por nenhuma norma (vazio legal); a norma aplicável contempla hipótese diversa; contudo, há semelhança essencial ("similitude fondamentale")[42] entre o caso e a hipótese normativa, e a mesma "*ratio legis*".[43]

A existência de uma relação de semelhança depende da "extensão que se atribua à 'área de similitude' de cada hipótese fática, e a definição de citada área comporta um juízo de valor sobre a essencialidade ou não essencialidade dos elementos comuns às duas hipóteses de fato em relação à 'ratio'".[44]

Na analogia, acentua-se que a "*ratio legis*" (fim, conteúdo ou fundamento da lei) vem a ser a "*ratio*" (ou "*ratio decidendi*"), que como identidade de razão apresenta três caracteres: "ser o fundamento da analogia (não sua consequência); ocorrer entre o suposto fático regulado e o caso não regulado (e não entre a lei e um caso, ou só na lei), e ser externa (qualitativamente diferente) à semelhança entre os casos, ainda que relacionada com ela". Então, no esquema da analogia, tem-se: o plano dos fatos (semelhança entre casos); o plano da "*ratio*" (a identidade "na" "*ratio*"), e o plano das consequências jurídicas (a igualdade de tratamento).[45]

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".[46]

Para outros, vem a ser um argumento lógico-decisional;[47] um procedimento interpretativo analógico, como forma de interpretação extensiva;[48] um raciocínio que está no

---

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

[42] Assim, por exemplo, GENY, F. *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé positif*. Paris: L.G.D.J., 1919, tome premier, p. 305.

[43] A respeito da noção de "*ratio*", salienta Bobbio: "A dire il vero questo concetto di *ratio legis*, che pur fu adoperato moltissimo dai giuristi del diritto comune, non fu mai seriamente ed esaurienentemente spiegato, nonostante che dai frequenti ma insoddisfacenti tentativi di spiegazione se ne possa dedurre l'importanza che gli veniva attribuida. Più anticamente la *ratio* fu confusa addirittura con la *mens legis*, o fu sbrigativamente denominata con una metafora "*medulla legis*" o "*anima legis*"; in seguito dando un contenuto materiale a questa seconda metafora, e sulle tracce della filosofia scolastica, fu detta "*forma legis*", nello stesso modo in cui l'anima è la forma del corpo; come tale fu distinta dalla "causa finalis" della legge, con cui però altre volte la si volle identificare. Rimase infatti soprattutto l'identificazione della *ratio* con la *causa finalis*, vale a dire col motivo della legge, ed è in fondo la spiegazione che ancor oggi è per lo più accettata (…)" (BOBBIO, N. *L'analogia nella logica del diritto*, p. 105).

[44] LUMIA, G. *Princípios de teoría e ideologia del derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1986, p.86.

[45] FALCON Y TELLA, M. J. Op. cit., p.91-97.

[46] 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.

[47] Cf. DINIZ, Maria H. *As lacunas no Direito*, cit., p. 121; IDEM, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 408.

[48] BOBBIO, N. Op. cit., p. 605; idem, *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo-Brasília: Ed. Polis-Unb, 1989, p. 151-154.

"meio do caminho" entre a indução e a dedução;[49] 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"[50]; um instrumento quase-lógico, porque "permite a passagem do particular ao particular e, também, a passagem do geral ao geral",[51] 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.[52]

O procedimento analógico na área do Direito não é estritamente lógico-formal, pois, nele há sempre um componente de valor: "a aplicação analógica só se justifica quando se verifica uma coincidência precisamente naqueles aspectos que são determinantes para a valoração jurídica"[53].

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 para outro particular, ou do geral para o geral, apoiando-se em um critério axiológico.

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.[54] Repousa ele 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,

---

[49] 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).

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

[51] FERRAZ JUNIOR, Tercio S. Op. cit., p. 273.

[52] Cf. KAUFMANN, A. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Trad. E. Barros Bourie. Santiago: Ed. Juridica de Chile, 1976, p. 108.

[53] 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). Também, Garcia Maynez, segundo o qual o argumento analógico "supõe um prévio juízo de valor sobre as duas situações de fato, a prevista e a imprevista" (Op. cit., p. 370).

[54] 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. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio: Forense, 1979, p. 214). Maria Helena Diniz alude ser a analogia um "processo revelador de normas implícitas" (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 410). Sobre o aspecto valorativo da analogia, Luís Legaz y Lacambra se manifesta alertando que o juízo de valor implicado pela analogia jurídica não pode constituir a base de um raciocínio jurídico, pois, referido juízo de valor deve estar fundado na possibilidade lógica de tal raciocínio: "la analogía es justa en tanto que es lógica" (*Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1953, p. 406).

que se mostra determinante para o tratamento jurídico e se deduz da identidade substancial daqueles elementos da situação de fato (espécie) que a justificam".[55]

Tem-se que se 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"[56].

Indicam-se, com frequência, duas modalidades de argumento analógico jurídico: analogia legal (*analogia legis*) e analogia jurídica (*analogia juris*)[57]. 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. Trata-se de um postulado restrito, obtido indutivamente.

Também, no particular aspecto, não há consenso entre os autores. Alguns entendem que a analogia jurídica (*analogia juris*) se confunde com os princípios gerais do direito ou que não tem nada a ver com a inferência lógica.[58]

A analogia jurídica, explica Maximiliano, funda-se "nos princípios gerais do direito porque uma norma não é reconstruída pela combinação das outras normas".[59]

Ao que consta, essa parece ser a posição majoritária: de que há apenas *analogia legis*. Entende-se que é possível aplicar os princípios gerais do Direito ao caso concreto por via direta, sem necessidade de utilização do processo analógico.[60]

De outro lado, ainda, há que tal distinção tenha a ver com a indução amplificadora,[61] ou que é tão somente de grau.[62]

2. ARGUMENTO ANALÓGICO E NORMA PENAL

2.1 Interpretação extensiva e interpretação analógica

É oportuno advertir, de início, que o argumento analógico ou simplesmente analogia jurídica não se confunde, como exposto, com a interpretação - extensiva ou analógica -, visto que é um instrumento ou mecanismo de aplicação integrativa (autointegração) de lacunas, e não

[55] BETTI, E. Op. cit., p.97.
[56] FERRATER MORA, J. Op. cit., p. 131.
[57] Cf. GENY, F. Op.cit., p. 305-307.
[58] LUMIA, G. Op. cit.p.84.
[59] MAXIMILIANO, C. Op. cit., p. 263. Ainda, REALE, M. Op. cit., p. 330.
[60] Cf. FRANÇA, R. Limongi. *Elementos de hermenêutica e aplicação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.
[61] Cf. FERRAZ JR., Tércio S. Op. cit., p. 244.
[62] Cf. ENGISCH. Op. cit., p. 240. Binding considera a citada diferenciação não só incerta como despida de importância prática.

meramente interpretativo[63].

À interpretação extensiva[64], 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".[65]

A hipótese fática não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito. Essa 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.[66]

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 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*": no artigo 168 do Código Penal a expressão coisa alheia inclui a coisa comum; o artigo 235 do Código Penal se refere não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o artigo 260 do Código Penal abrange, 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); ou 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*") ou em favor do réu ("*in bonam partem*").[67]

---

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

[64] Geny assinala que os modos de interpretação do direito, em sentido amplo, não formam puramente uma classificação didática, mas dão lugar a diferenças importantes no momento de sua aplicação. Tendo em vista que constituem desenvolvimento da lei escrita ou elaboração independente, os diversos procedimentos de descoberta das regras de direito não têm a mesma autoridade, nem as mesmas condições de emprego (Op.cit., p. 315).

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

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

[67] 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"

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/permissão). Resta forjado, desse modo, um sistema descontínuo de ilicitudes, 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)[68].

Convém lembrar que o Código Penal republicano de 1890, após dispor sobre o princípio de legalidade, veda explicitamente o emprego da analogia contrária 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 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 Penais .[69]

(*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 de Janeiro: Forense, 1979, I, p. 78).

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

[69] Afirma-se, a propósito que: "a oposição ao procedimento 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, Franz Gürtner sugere a substituição da fórmula "*nullum crimen sine lege*" por "*nullum crimen sine poena*". O Código Penal dinamarquês (art. 1), de 1930, 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 que: "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 naturaleza análoga". E a segunda prevé que: "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). Também, MERLE, R.; VITU, A. *Traité de Droit Criminel*. Problèmes généraux de la science criminelle. Paris: Cujas, 1997, 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.

A função da lei é a de prever e descrever, com exclusividade, quais as condutas que devem ser consideradas ilícitos penais. Esta exigência foi enunciada por Ernst Beling, dando lugar ao reconhecimento da tipicidade como um dos elementos do conceito de delito como ação ou omissão típica, ilícita e culpável.[70]

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).

Na doutrina, é quase pacífico o entendimento no que tange ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não incriminadoras gerais (ex.: excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes).

A respeito, Carrara leciona que as normas eximentes ou escusantes podem ser estendidas, por analogia, de caso a caso.[71]

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 aplicam à matéria de que elas se ocupam".[72]

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".[73] Isso quer dizer que tanto as normas incriminadoras como as não incriminadoras são verdadeiras normas penais, sendo que estas últimas não constituem direito excepcional.

Contudo, interessante questão vem à tona quando, por exemplo, se tratar de norma penal não incriminadora de caráter excepcional.

Isso porque, em sede de doutrina[74] e de legislação[75], vem assentado que o direito excepcional não comporta o emprego da analogia. Vale dizer: o direito singular ou excepcional deve ser interpretado restritivamente, e a ele se associa a proibição do recurso analógico:

---

[70] PRADO, L.R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*. 7ª ed. Londrina: Thoth, v.I, t.2, p.47 e ss.

[71] CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal*. Parte general. Trad. José Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1986, v.II, § 890, p. 361.

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

[73] BETTIOL, G. *Direito Penal*. Parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. São Paulo: Ed. RT, 1977, I, p. 169.

[74] Cf. LARENZ, K. Op. cit., p. 400; ENGISCH, K. Op. cit., p. 241-242.

[75] O Código Civil espanhol de 1889 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". 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". 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).

"*Singularia non sunt extendenda*".

A norma excepcional por estar prevista "*contra tenorem rationis*" não é passível de ampliação por analogia ("*non sunt producenda ad consequentias*"). Tem-se entendido, também, que a enumeração taxativa não admite a aplicação da analogia.

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 singulares 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 situações novas. 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".[76] Na própria "*ratio*" do direito excepcional se enseja de certo modo um limite normal ao emprego da analogia.

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".[77] 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".[78]

Ainda se considerando a norma do artigo 128, II, do Código Penal - estabelece a impunidade do aborto se a gravidez resulta de estupro -, como norma penal não incriminadora excepcional, seria possível a analogia?

Em postura contrária, aponta-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

---

[76] FERRARA, F. *Interpretação e aplicação das leis*. Trad. Domingues de Andrada. Coimbra: Arménio Amado Editor,1978, p. 163.

[77] BETTIOL, G. Op. cit., p. 171.

[78] IBIDEM, p. 172.

beneficiar o réu".[79]

De outro lado, a maior parte da doutrina brasileira considera tratar-se de norma penal não incriminadora passível de aplicação analógica "*in bonam partem*",[80] mas com fundamento pouco convincente.[81]

Na realidade, o recurso ao argumento analógico deve ser aceito, desde que ínsito no âmbito do cânone normativo, e que a "*ratio*" do tratamento excepcional corresponda ao caso não regulado.

Desse modo, pode-se falar em aplicação do argumento analógico "*in bonam partem*"[82], a partir da essência mesma do raciocínio analógico.

Aliás, não é outra a assertiva de que, "nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional é bem possível uma analogia".[83]

CONCLUSÃO

A partir do exposto, e em apertada síntese, ressaem enumeradas algumas principais notas conclusivas: a analogia constitui um 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 à mesma razão legal (decisão idêntica para hipóteses semelhantes); o argumento analógico jurídico tem natureza complexa, podendo ser considerado

---

[79] FRAGOSO, H. Op. cit., p. 88.

[80] Cf. GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. Parte geral. Niterói: Impetus, 2007, v.I, 2007, p. 47; NORONHA, M. *Direito Penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1985, I, p. 74; JESUS, DAMÁSIO de. *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.

[81] Magalhães Noronha, por exemplo, manifesta-se, na hipótese do artigo 128, II, do Código Penal, da seguinte forma: "A não ser pela analogia *in bonam partem*, aplicar-se-ão soluções diversas a casos idênticos, o que é iníquo" (Op. cit., p. 74). Vale dizer: para evitar uma injustiça, uma iniquidade, aplica-se então a analogia *in bonam partem*, segundo o autor.

[82] 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 un 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 indivuduare con sufficiente precisione e certeza il rapporto di similitudine (...), che diventerebbe ben più evanescente ed incerto se ancorato a disposizioni vaghe ed indeterminate; c) dal divieto generale di analogia delle norme eccezionali (...), che ne costituisce un ulteriore argine contro utilizzazioni arbitrarie e discriminatorie" (MANTOVANI, F. *Diritto Penale*. Parte generale. Milano: Cedam, 2001, p.80).

[83] ENGISCH, K. Op. cit., p. 241. No mesmo sentido, anota-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 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).

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 das normas de determinação (normas incriminadoras e não incriminadoras), por força do princípio da legalidade (art.1º, CP), e da peculiar natureza do sistema penal, sempre que for desfavorável ao réu ("*in malam partem*"); no que tange à analogia "*in bonam partem"* não existe a referida 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.