

ARGUMENTO ANALÓGICO EM MATÉRIA PENAL

Luiz Regis Prado



Professor Titular de Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá. Pós-doutor em Direito Penal pelas Universidades de Saragoça (Espanha) e Estrasburgo (França). Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: I. Considerações preliminares. II. Argumento analógico - conceito, fundamento e espécies. III. Argumento analógico e norma penal; 1. Interpretação extensiva e interpretação analógica; 2. Argumento analógico, norma penal incriminadora e não incriminadora - limitações

I.-Considerações preliminares

Pôr mais zeloso, previdente e sagaz que seja o legislador, é impossível que em sua obra todas as relações humanas sejam devidamente tratadas e que a plenitude dos fatos sociais não escape pôr entre as apertadas malhas das leis. As relações sociais são multívocas, contingentes, alteram-se continuamente, em virtude da evolução, do progresso técnico-científico, econômico e social forjador de uma gama enorme de novos conflitos, rumos e situações que exigem disciplinamento jurídico. A complexidade e a conflituosidade intensa são características marcantes da sociedade moderna.

A vida prática - a experiência - ensina, desde há muito, que as regras do direito, pôr mais bem elaboradas, são incapazes de lograr uma tutela satisfatória da grande variedade de acontecimentos sociais. Tem-se, assim, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desnível, entre o direito posto e as necessidades sociais, o que desvela toda a problemática das lacunas do ordenamento. Este não constitui um sistema hermético, mas sim aberto¹ ou completável.² A lacu-

¹-Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 47-49.

²-Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, São Paulo, RT, 1981, p. 259.

na no campo do direito pode ser entendida como “uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”.³ Caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo. No dizer 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”.⁴ É exatamente a presença da lacuna - do vazio legal - um dos pontos que diferenciam a aplicação analógica da interpretação extensiva. No sistema jurídico continental ou romano-germânico vige o primado da lei, como fonte primeira de produção jurídica, e o princípio da legalidade, o que impede a simples criação normativa diante da inexistência de lacuna.

O Direito brasileiro gravou explicitamente ser o argumento analógico um dos processos utilizáveis na hipótese de concreta falta de disposição legal, determinando como obrigatória a manifestação do julgador diante do caso levado à sua apreciação. Assim, o artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil reza que “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia*, os costumes e os princípios gerais do direito”. E, de seu turno, o artigo 126 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 sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”. É justamente a incompletude da ordem jurídica que torna indispensáveis a reflexão 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.⁵

³-Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1965, trad. J. Baptista Machado, p. 223.

⁴-*Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, C. Gulbenkian, 1969, p. 436-37. R. 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” (*Tratado de Filosofía del Derecho*, I, Mexico, Porrúa, 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 autoridades competentes num mesmo âmbito normativo” (Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Atlas, 1988, p. 189), ou tão-só, como o conflito ou a incompatibilidade entre duas normas (cf. Maria Helena Diniz, *Conflito de Normas*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 23-27).

A analogia é, dessa forma, consignada como um importante instrumento para colmatar as lacunas, sendo um verdadeiro procedimento supletivo, de integração do sistema jurídico.⁶

II.-Argumento analógico - conceito, fundamento e espécies

De primeiro, observa-se que não há qualquer consenso entre os jusfilósofos no que diz respeito à natureza ou estrutura de tal espécie de raciocínio, tanto do ponto de vista lógico, quanto jurídico.⁷

Portanto, a noção de analogia é de difícil percepção, porque inexiste um conceito de analogia, mas uma pluralidade de conceitos. Contudo, todos eles têm algo em comum, isto é, a idéia de *semelhança ou similitude*.

A distinção entre o termo analogia e o conceito de analogia - o sentido que lhe é atribuído - tem grande relevância. O primeiro significou originariamente identidade de relação entre termos, ou, com mais precisão, proporção matemática (ex: 10 está para 40 como 20 está para 80). Esse é o sentido utilizado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* - e por Platão na *República* -, trasladando o conceito do campo da matemática para o da justiça distributiva,⁸ como proporção geométrica que divide os bens e os encargos entre os homens segundo seus méritos. Na linguagem comum, emprega-se o termo analogia para designar uma correspondência entre propriedades isoladas dos objetos comparados.

Na área jurídica, quando se fala em analogia, costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para um determinado caso, a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres essenciais ou a *mesma ou suficiente razão*, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante *simili* ou *a pari*. O fundamental aqui é que a similitude entre os objetos comparados se manifeste em pontos basilares para o argumento.⁹

⁶-Cf. Giacomo Gavazzi, *Elementi di Teoria del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, p. 48.

⁷-Nesse sentido, assinala Engisch que a estrutura lógico-formal desse argumento tem quebrado a cabeça de muita gente (op. cit., p. 234).

⁸-Cf. Lalande, *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, Paris, Puf, 1993, v. 1, p. 51-53. Mas o que faz a originalidade da analogia e o que a diferencia de uma identidade parcial, quer dizer, da simples noção de semelhança, é que em vez de ser uma relação de semelhança, trata-se de uma semelhança de relação (cf. Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, p. 501).

⁹-Cf. W. Salmon, *Lógica*, Rio, Zahar, 1981, p. 98; I. Copi, *Introdução à Lógica*, São Paulo, Mestre Jou, 1978, p. 314.

A esse raciocínio, que vai de *parte a parte* passando por uma proposição geral, Aristóteles, no *Organon*, denominou *paradigma* ou indução retórica; os escolásticos, *exemplum*; os juristas medievais, *argumentum a simili* ou procedimento *a similibus ad similia*, fundado em uma *eadem qualitas* ou *identitas rationis*; e S. Mill o considerou uma indução incompleta. A escolástica tomista - argumentos *a fortiori* e *a contrario* - apontou, ainda, uma diferenciação entre analogia de atribuição ou de proporção e analogia de proporcionalidade.¹⁰ Os estudiosos do século XVI, inclusive o criador do termo analogia Hopper, entendiam-na como *extensio legis* ou procedimento de integração da lei, diante da *comprehensio legis*, de cunho interpretativo. A história da analogia no quadro evolutivo do pensamento filosófico está ligada à especulação das essências. Sobre esse particular aspecto, a analogia assegura a passagem do conhecimento dos fenômenos no sentido da apreensão das essências, do ser ao dever ser, dos fatos às normas .

Do exposto ressaí que as noções mais significativas de analogia podem ser resumidas em : analogia como proporção; analogia como atributo e analogia como argumento. É este último sentido que particularmente interessa ao direito.

A estrutura lógica desse argumento é bastante controversa. 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”.¹¹ Para outros, vem a ser um argumento lógico-decisional,¹² um procedimento interpretativo analógico, como forma de interpretação extensiva,¹³ um raciocínio que está no “meio do caminho” entre a indução e a dedução,¹⁴ um instrumento quase-lógico, porque “permite a passagem do particular ao particular e, também, a passagem do

¹⁰-Cf. Piano Mortari, *Analogia*, in *Enc. Pessina del Diritto*, Milano, Giuffrè, II, p. 344 e segs.; Bobbio, *Analogia*, in *Novss. Digesto Ital.*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 602-603; Lalande, *op. cit.*, p. 51 e segs.

¹¹-L. Van Acker, *Elementos de Lógica Clássica*, Rev. da PUCSP, v. XL, 1971, p. 121. No mesmo sentido, W. Salmon, *op. cit.*, p. 98 e segs.; I. Copi, *op. cit.*, p. 314 e segs.; G. Telles Jr., *Tratado da consequência*, São Paulo, Buschatsky, 1977, p. 306; I. Nérici, *Introdução à Lógica*, São Paulo, Nobel, 1974, p. 74.

¹²-Cf. Maria H. Diniz, *As Lacunas do Direito*, cit., p. 121; idem, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 408.

¹³-N. Bobbio, *op. cit.*, p. 605; idem, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, São Paulo-Brasília, Ed. Polis/Unb, 1989, p. 151-54.

¹⁴-M. Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, I, 1979, p. 128.

geral ao geral”,¹⁵ ou, ainda, um pensamento pré-lógico, como um pré-juízo, que não é lógico-formal nem não-lógico ou confuso, fulcrado na natureza das coisas.¹⁶

O procedimento analógico não é estritamente lógico-formal; nele há sempre um componente de valor, uma opção consciente, deliberada, mormente no campo do Direito. Como bem se acentua, “a aplicação analógica só se justifica quando se verifica uma coincidência precisamente naqueles aspectos que são determinantes para a valoração jurídica”.¹⁷ Esta deve encontrar a essência das semelhanças, vale dizer, no que respeita à situação e aos efeitos jurídicos. Importa aqui a denominada *convergência determinante*. Desse modo, a analogia serve à constatação e ao preenchimento das lacunas.

Ocorre, então, que o referido instrumento é de natureza quase-lógica, pois que admite tanto a passagem do particular (ou geral) para outro particular (ou geral), apóia-se em critérios axiológicos e implica um ato de decisão. No raciocínio jurídico, a analogia, como um procedimento de aplicação - de auto-integração -, de caráter supletivo, importa na conjugação dos métodos indutivo e dedutivo.¹⁸ Repousa ela na exigência de tratamento igual para os casos similares. Ou, noutro dizer, fatos de natureza semelhante devem ser tratados da mesma maneira. Conforme a célebre máxima: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*. Se a analogia segue um esquema geral sistemático (lógico dedutivo/indutivo), no âmbito particular (na solução do caso concreto) da apreciação das situações similares através de juízos axiológicos (do intérprete) predomina o raciocínio tópico. O argumento analógico - frise-se - não leva à certeza absoluta, mas tão-só a uma certa probabilidade. Trata-se, então, de um argumento quase-lógico ou não estritamente lógico, meramente provável.

Indicam-se, com freqüência, 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 se-

¹⁵-Tércio S. Ferraz Jr., op. cit., p. 273.

¹⁶-Cf. A. Kaufmann, *Analogia y Naturaleza de la Cosa*, Santiago, Ed. Juridica de Chile, 1976, p. 108, trad. de E. Barros Bourie.

¹⁷-K. Larenz, op. cit., p. 439. E arremata esse autor, citando Engisch: “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).

¹⁸-Cf. Tércio S. Ferraz Jr., op. cit., p. 275. 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” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Forense, 1979, p. 214). Maria H. Diniz alude ser a analogia um “processo revelador de normas implícitas” (op. cit., p. 410).

gunda 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 aqui não há consenso entre os autores. Alguns entendem que a chamada 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”.¹⁹ 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 da utilização do processo analógico.²⁰ De outro lado, ainda, que tal distinção tem a ver com a indução amplificadora,²¹ ou que é tão somente de grau.²²

III.-Argumento analógico e norma penal

1.-Interpretação extensiva e interpretação analógica

Advirta-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 (auto-integração) de lacunas e não interpretativo. A origem dessa distinção remonta aos estudos de Savigny, Suárez e à Escola Histórica.

À interpretação extensiva opõe-se a interpretação restritiva. Naquela o sentido vai além do modelo verbal; isto é, o significado ultrapassa o texto legal; nesta o sentido fica aquém da expressão literal. Na interpretação extensiva há sempre uma norma jurídica ainda que com expressões ambíguas ou imprecisas. A hipótese não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito. Em sede de procedimento analógico como há lacuna, omissão legal, ela não está em nenhum lugar, nem na letra, nem no espírito da lei posta. A analogia integra e a interpretação extensiva indaga, busca, o sentido da norma. Outro critério diferenciador é o da prioridade: antes vem a interpretação e depois, como consequência lógica, o raciocínio analógico. Assinala-se, ainda, que o efeito da analogia radica na criação de uma nova norma jurídica e o efeito da interpretação extensiva vem a ser

¹⁹-C. Maximiliano, op. cit., 263; vide, ainda, Reale, op. cit., p. 330.

²⁰-Cf. R. Limongi França, *Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65.

²¹-Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., p. 244.

²²-Cf. Engisch, op. cit., p. 240. Binding considerava a citada diferenciação não só incerta como despidida de importância prática.

a extensão de uma norma aos casos não previstos.²³ Desse modo, na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se a significação das palavras para se alcançar a *mens legis* (ex: o art. 130 do Código Penal inclui não só o perigo, mas também o próprio contágio de moléstia grave; no art. 168 a expressão coisa alheia inclui a coisa comum; o art. 235 se refere não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 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; *às substâncias de efeitos análogos* ao álcool - art. 28, II, CP; a *outro sinal indicativo de linha divisória*, como tapume ou marco - art. 161; ou *outro recurso* - art. 121, | 2, IV, CP). Aqui é a própria vontade da norma (*voluntas legis*) cingir hipóteses similares às por ela disciplinadas.

2.-Argumento analógico, norma penal incriminadora e não incriminadora - limitações.

Antes, porém, de dar prosseguimento a essa 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*).²⁴

O seu emprego sofre restrições no que toca às normas penais incriminadoras e às normas não incriminadoras quando prejudiciais ao réu. Portanto, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem sanções penais não são passíveis de aplicação analógica (ex: furto de uso; no art. 198 - constringer para não celebrar). A limitação vem insculpida, de forma expressa, no artigo 1º do Código Penal e tem assento constitucional (art. 5º, XXXIX, CF). Diga-se de passagem que a previsão da reserva legal é da maior tradição de nosso direito, presente em todos os códigos penais. Como bem se salienta, "a oposição ao procedimento

²³-Cf. Bobbio, *op. cit.*, p. 155.

²⁴-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).

analógico é a regra entre os juristas do mundo, não enquadrados no nacional-socialismo ou no regime soviético”.²⁵

A função da lei é prever e descrever, com exclusividade, quais as condutas que deverão ser consideradas ilícitos penais. Essa exigência foi enunciada por E. Beling, dando lugar ao reconhecimento da tipicidade como um dos elementos do conceito de delito.²⁶ A criação doutrinária da figura do tipo serviu para reforçar e complementar o contido no princípio da legalidade dos delitos e das penas. Daí a clássica afirmação desse autor de que não há delito sem tipo legal (*kein Verbrechen ohne Tatbestand*).

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). Aliás, Carrara já lecionava que as normas eximentes ou escusantes podiam ser estendidas, por analogia, de caso a caso. Evidente assim sua admissão sempre *in bonam partem* para as normas penais não incriminadoras gerais. Essas normas 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”.²⁷ 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 anti-social, 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

²⁵-Luis Jimenez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1964, v. 1, p. 483. No Congresso Penitenciário Internacional, de 1935, Güthner sugeriu a substituição da fórmula *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*. O Código Penal dinamarquês (art. 1º), de 1939, admite a analogia, mas “razões técnicas e uma grande experiência judicial” impedem extravios ou a colocação em risco das garantias políticas (Asúa, *La Ley y el Delito*, cit., p. 130). A partir do princípio da reserva legal, tem-se que a aplicação da lei penal encontra-se condicionada a quatro proibições fundamentais: proibição de cláusulas gerais, da aplicação analógica e retroativa e de lei não formal (ex., costume). A legalidade penal já estava consignada no art. 39 da Magna Carta Inglesa, pelo qual nenhum homem livre podia ser punido *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* e foi objeto de intransigente defesa por toda Escola Filosófica iluminista.

²⁶-Vide, sobre o conceito de delito, Luiz Regis Prado & Cezar Roberto Bittencourt, *Elementos de Direito Penal*, São Paulo, RT, 1995, p. 68 e segs.

²⁷-Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio, Forense, 1967, 1, p. 225; no mesmo sentido, claríssimo, H. Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Parte Geral, Rio, Forense, 1985, p. 88. Contra: Hungria, op. cit., p. 99.

último”.²⁸ Isso quer dizer que tanto as normas incriminadoras como as não incriminadoras são verdadeiras normas penais.

Todavia, interessante questão vem à tona quando se trata de norma penal não incriminadora excepcional.²⁹ 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*.³⁰ Duas normas podem estar entre si na relação regra-exceção - à regra estabelecida pela primeira opõe-se a exceção. Esta possui 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 qual o fundamento justificante do princípio proibitivo do argumento analógico em relação às normas excepcionais? Em primeiro lugar, é de salientar que se existem 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 somente aos casos por ela previstos de maneira explícita. A própria *ratio* do direito excepcional constitui limite normal ao emprego da analogia.³¹ No entanto, cabe tão-só o uso do argumento analógico estritamente no âmbito referido pela norma excepcional - “nos

²⁸-G. Bettiol, *Direito Penal*, São Paulo, RT, 1977, I, p. 169. A norma excepcional por estar prevista *contra tenorem rationis* não é possível de ampliação por analogia (*non sunt producendum ad consequentias*). Tem-se entendido, também, que a enumeração taxativa não admite a aplicação da analogia. Vide, sobre as distinções entre direito comum, especial e excepcional, Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, RT, 1991, v. 1, p. 175 e segs.

²⁹-O Código Penal espanhol de 1888 dispunha 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 (até o advento do novo texto de 1994) estabelecia o princípio da legalidade das causas de justificação, não se eximindo a responsabilidade penal, salvo quando expressamente declarado pela lei (art. 65).

³⁰-Cf. Larenz, *op. cit.*, p. 400; Engisch, *op. cit.*, p. 241-42. 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” (*Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra, Arménio Amado, 1978, trad. Domingues de Andrada, p. 163). Esses últimos autores fazem alusão ao emprego *in casu* do argumento *a contrario*.

³¹-O Código Civil espanhol veda expressamente a aplicação analógica para as leis excepcionais (art. 4,2,CCE). No Direito italiano há o art. 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 rezava no art. 6.: “A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

limites do pensamento fundamental do preceito excepcional é bem possível uma analogia".³²

Como já observado, as normas não incriminadoras de caráter geral não pertencem à categoria de singulares. Desse modo, 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".³³ E, mais ainda, "quando uma norma penal eximente se apresenta como verdadeiro desvio lógico das conseqüências 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 diante de uma norma de direito excepcional".³⁴ Cita-se como exemplo de norma penal não incriminadora excepcional a constante do art. 128,II, do Código Penal, que estabelece a impunidade do aborto, se a gravidez resulta de estupro. A propósito, afirma-se que "não é possível aplicá-la analogicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual(atentado violento ao pudor, sedução), embora tal aplicação viesse beneficiar o réu".³⁵ Ainda assim, grande parte da doutrina pátria³⁶ considera tratar-se de norma penal não incriminadora passível de aplicação analógica *in bonam partem*.

A regra ancorada no artigo 128,II, do Código Penal é norma penal não incriminadora singular ou excepcional em relação à norma não incriminadora geral (art.23,CP). Pelo que, como se trata de *jus singulare*, em princípio, não é de ser aplicado o procedimento analógico, ainda que *in bonam partem*. Calha a evidência de que esse último aspecto (favorável ou contrário ao réu) não é aqui a *vexata quaestio*, que, aliás, é de outra natureza .

³²-English, op. cit., p. 241. Ennecerus-Nipperdey afirmam: "Mas dentro do princípio estrito, base da norma de direito singular, está permitida a analogia" (Derecho Civil, Parte General, Barcelona, Bosch, 1953, I, p. 182).

³³-Bettioli, op. cit., p. 171.

³⁴-Ibid, p. 172.

³⁵-H. Fragoso, op. cit., p. 88.

³⁶-Cf. M. Noronha, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1985, I, p. 74; Damásio de Jesus, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1991, I, p. 48; J. Mirabelete, Direito Penal, São Paulo, Atlas, 1990, I, p. 50.

Dentro e a partir do contexto acima gizado, tem-se, pois, recurso ao argumento *a contrario*³⁷ - ou mesmo analógico - , desde que ínsito no âmbito de sua principiologia estrita e que a *ratio* do tratamento excepcional corresponda ao caso regulado.

³⁷ O argumento ou raciocínio *a contrario* deduz de uma oposição nas hipóteses, uma oposição nas consequências. Se um dispositivo está subordinado a certas condições, aplica-se o dispositivo inverso quando essas condições não estão presentes.

