

ANALOGIA

JOAQUIM CARLOS SALGADO*

Sumário: 1. O Conceito. 2. A Analogia no Direito. 3. Interpretação Extensiva e Analogia. 4. A Regra Positiva de Extensão-Compreensão do Direito Brasileiro. 5. Conclusão.

1. O Conceito

Aristóteles, nos *Primeiros Analíticos*, Livro II, Cap. 24¹, define analogia como um argumento a partir de exemplos, paradigmas (ᾠαῖα, *exemplum*). Se Tebas é vizinha de Fócia e se a guerra de Tebas contra Fócia é um mal, e se Atenas é vizinha de Tebas, a guerra de Atenas contra Tebas é um mal.

* Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Visitante (*Gastprofessor*) da Faculdade de Filosofia da Universidade de Tübingen, da República Federal da Alemanha. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas e do Instituto Brasileiro de Filosofia. Professor de Filosofia do Direito da UNI-BH. Professor (licenciado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor (licenciado) da Faculdade de Direito Milton Campos, de Belo Horizonte. Professor (licenciado) da Faculdade Asa de Direito.

1 Aristóteles consigna, nessa passagem, a diferença entre a analogia ou exemplo (do particular ao particular), a indução e a dedução. (ARISTÓTELES. *Análítica Primeira* 68b-69a. In: *Obras*. Tradução de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1967, p. 346).

Na analogia afirma-se que um modelo (paradigma, *exemplum*) tem certas características; depois, que um outro fato tem características iguais. Depois, que o modelo tem uma outra ou outras características, concluindo-se que essa outra (outras) pertence também ao outro fato, ou seja, constatando-se que dois fatos ou objetos têm característica comum e que um deles tem outra ou outras características, infere-se que o segundo tem também essas outras características. Trata-se de uma proporção, a partir da qual se extrai uma conclusão provável. Há, para Aristóteles (seu conceito originariamente é matemático), uma igualdade de relações como, por exemplo, $A/B = C/D$. A igualdade é de proporção.

A analogia é um conceito chave para Aristóteles compreender o conceito de *ser*.² Este é um conceito analógico, diz das coisas de certo modo iguais e de certo modo diferentes. Não é um gênero. Assim, nas proposições “Pedro é saudável” e “**A manhã é saudável**” tem-se o verbo *ser* aplicado de modo igual, mas também diferente. Querem dizer: “Pedro *tem* saúde” e “**A manhã dá saúde**”. O verbo *ser* ocorre de certo modo igual e de certo modo diferente nessas proposições.

Ora, as coisas se aproximam segundo tenham notas em comum. Essa comunidade de notas obedece a graus, segundo se trate de notas acidentais ou essenciais. Se dois objetos têm em comum notas apenas acidentais, então são aparentemente semelhantes; se têm em comum uma ou algumas notas essenciais (mas não todas), têm semelhança; se têm todas as notas essenciais em comum, são iguais e, finalmente, se têm todas as notas essenciais e acidentais em comum, são idênticos.

2 “A palavra *ser* se diz de muitos modos; todos esses sentidos, porém, referem-se a uma única coisa e a uma única natureza, e não se diz de modo equívoco como se se tratasse de simples nomes homônimos de coisas diversas.” (ARISTÓTELES. *Metafísica*, livro IV, Cap. 2. In: *Obras*, p. 943).

A analogia pode ocorrer quando se dá a comunidade de notas acidentais ou de parte das notas essenciais. Na ocorrência de haver apenas igualdade das notas acidentais, tem-se menos probabilidade da certeza do argumento ou da conclusão. Quanto mais notas essenciais ocorrerem em comunidade nos dois objetos, maior a probabilidade da conclusão, até se chegar à certeza pela identidade de todas as notas essenciais: nesse caso, porém, já não há mais analogia, pois os fatos analogados são iguais.

Entretanto, o argumento analógico é válido, mesmo se ocorre comunidade de apenas notas acidentais; porque o que se tem como objetivo no argumento analógico é encontrar uma correlação válida a partir de um fundamento comum, que possibilita a aplicação do mesmo predicado ao objeto analogado. Assim, qualquer qualidade, acidental ou não, pode ser analogada pela identidade de causa ou fundamento ou razão de ser. Na verdade, essa qualidade, que é acidental num sujeito, pode ser essencial no outro. A beleza é acidental no conceito de homem, mas é essencial no conceito de “miss”. Surge outro conceito, outra essência. Assim, o que torna possível uma conclusão analogicamente válida é o fundamento, a *ratio* do predicado que se atribui a um e outro analogado, existente no primeiro analogado ou *exemplum* (Cícero), paradigma (Aristóteles), tipo. Busca-se qual a característica ou finalidade que dá a razão suficiente ou a causa de esse objeto ter tal característica ou tal predicado. Se essa característica, posta como razão ou fundamento da outra, ocorre também no outro objeto que se quer analogar, então se pode concluir que o objeto analogado com o primeiro também terá o mesmo predicado.

Exemplo:

A tem a característica y e x;
y é o fundamento de x;

B tem a característica y;
logo B tem a característica x³.

A probabilidade se aproximará da certeza, dependendo de se a proporção puder ser tomada universalmente ou apenas genericamente, por indução empírica, principalmente quando não se está seguro de que tal característica é mesmo causa, fundamento da outra.

A analogia, diferentemente da dedução, que parte do geral para o particular, própria do argumento apodítico, e da indução estrita, que vai do particular ao geral⁴, dentro de uma classificação, estabelece um argumento que vai do particular para o particular (e que pode ser uma proposição universalmente válida, como uma lei da Física, por exemplo), seja esse particular individual ou espécie⁵. Pode ser forte, média ou fraca. Isso depende não propriamente da quantidade de notas semelhantes que uma e outra espécie possuem, mas da força dessas notas, ou seja, se se trata de nota relevante ou essencial, da qual a nota que se pretende inferir na espécie não conhecida decorre.

É feita por um processo lógico, dentre os três tipos de argumentos (ver acima) para o estabelecimento de uma

3 Ou então: P é Q; a razão pela qual “p é q” é que p tem a qualidade x; (*conditio sine qua non*); R tem a qualidade x; então r é q. Ou ainda: x implica s e s implica y; r implica s; logo r implica y. Ou a fórmula dada por COPI, Irving M. (*Introdução à Lógica*, trad. Álvaro Cabral. 2ed. São Paulo: Mestre Jou, 1979, p. 315): a, b, c, d têm, todos, as propriedades P e Q; a, b e c têm, todos, a propriedade R; logo, d tem a propriedade R.

4 SALMON, Wesley (*Lógica*. 2ª Ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio: Ed. Pentice-Hallio Brasil, 1993, p.54) entende-a como uma “espécie” de indução.

5 Simples e clara é a definição dada por Everardus Nicolaus (*Loci argumentarum legales*, Venetius, 1564, c. 42 r.), citado por BOBBIO, Norberto. (*Contributi ad uno Dizionario Giuridico*. Torino: Giappiechielli, 1994, p. 10): “*Similitudo est recta adaptatio quando fit processus ab uno particulari ad aliud particularem per aliquod quod est commune utrique, puta per eadem rationem*” (Grifado).

conclusão válida: a dedução (do geral para o particular), a indução (do particular para o geral) e a analogia (do particular para o particular). É como subir na classificação dos conceitos até encontrar a classe comum dos sujeitos e nela o elemento ou característica essencial comum que os enquadra na mesma classe ou gênero, ou verificar a igualdade de relações. Argumento nesse sentido é apresentado por Bobbio: “Os homens são mortais. Os cavalos são semelhantes aos homens. Logo, os cavalos são mortais”⁶. Por se tratar de argumento *a simile*, por semelhança, e não por igualdade ou por identidade, seu resultado ou conclusão é apenas provável na esfera das ciências naturais. Entretanto, embora alguns lógicos⁷ entendam que se trata de um raciocínio falho, de quatro termos, o que se poderia dizer da analogia é que ela é um argumento encadeado. Isto é, as características dos termos sujeitos não são as mesmas, mas entre eles há uma idêntica, que autoriza uma conclusão válida, por ser ela a causa do predicado da conclusão.

No exemplo de Bobbio, em que são semelhantes os cavalos aos homens, a característica ou o elemento comum é o fato de serem animais. O que se faz é encontrar por indução o gênero em que os conceitos se identificam por uma das suas notas. Ora, a nota relevante comum aos homens e aos cavalos e pela qual são mortais é serem animais. A nota é igual em uns e em outros, e isso faz que sejam semelhantes (não iguais, pois há entre eles diferenças essenciais), mas semelhantes por uma nota relevante que produz o predicado que se quer atribuir a ambos.

O que torna possível a analogia é, pois, a nota relevante para produzir o predicado comum, nota essa idêntica em um e outro dos termos analogados. Essa nota relevante de ambos é o fundamento da conclusão ou da atribuição ao outro do mesmo

6 BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 1995, p. 152.

7 V. BOBBIO, *op. cit.*, p. 4.

predicado que já é conhecido no primeiro analogado. O que torna a analogia apenas provável é serem as notas semelhantes, ou não se ter prova de que a nota do modelo produz necessariamente a outra nota, do analogado. (Santo Tomás)

Por outro lado, a analogia é um procedimento lógico em que há uma igualdade de relações. Assim: “João é um touro” e “João é como um touro”. As relações da analogia travam-se entre duplas de termos, de modo que a relação entre os dois conhecidos, que formam uma proposição, é aplicada ao termo conhecido para formar uma segunda proposição, encontrando-se o segundo termo, este desconhecido. A relação pode ser de causalidade, de finalidade, de ação recíproca, de afastamento, etc.

Sendo um argumento, a analogia não se confunde com as figuras de linguagem denominadas metáfora e comparação. Estas são figuras de linguagem (não argumentos) que lidam com imagens que possuem semelhanças diretas.

A analogia, segundo Grenet (*Les origines de l'analogie philosophique dans les dialogues de Platon*)⁸, é uma semelhança de relações ($A/B = B/C$) e não uma relação de semelhança. Na verdade, na matemática é uma igualdade de relações. Fora da matemática, é semelhança de relações. A matemática oferece proporção pura. A analogia é uma proporção impura ou imprecisa, ou seja, é semelhança de relações e não igualdade de relações⁹.

8 Cf. PERELMAN, Chaim; Ollbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: M. Fontes, 1996, p. 424.

9 Perelman cita ARISTÓTELES (a analogia entre os olhos do morcego e a luz do dia, a nossa inteligência e o evidente, *Metaf.*, 993b⁹ e aponta: o modelo é mais conhecido que o analogado. Cita Catarina de Gênova (*Tratado do Purgatório*) que compara sua aluna no corpo como num purgatório. Na verdade, a descrição do purgatório já existia. Não a da sua alma, o que ela sentia no corpo.

Na analogia devem existir quatro termos em duplas que se relacionam. O sentido de uma dupla é transportado para a outra, que pertence à região de realidade diferente¹⁰. A transposição de sentido de um termo para outro é mais propriamente chamada metáfora (figura de linguagem). Perelman diz ser ainda analogia¹¹, mas uma “analogia condensada”, em que há a fusão de um termo ou elemento do foro (modelo) com o do tema (analogado).

Se a relação se faz dentro de uma mesma área, não é analogia, é argumento pelo exemplo, pois os termos podem ser subsumidos sob uma estrutura comum¹²: é o caso do direito, interpretação extensiva¹³.

Na analogia própria não há menos de quatro termos. Quando Perelman¹⁴ o afirma, há engano, ao que parece. No exemplo por ele dado: “todas as outras substâncias dependem de Deus, como os pensamentos emanam de nossa substância”, o termo substância é tomado diferentemente em cada ocorrência, pois há modais que os alteram; no analogado tem-se “todas as outras substâncias” e no modelo tem-se “nossa substância”. Ora, a função que o termo exerce no modelo será sempre diversa da função que ele tem no analogado. Essa diferença de função torna os termos diferentes. Dito de outro modo, os termos têm de ser entendidos no seu movimento dialético. De qualquer modo, mesmo se se dissesse: “Nossa substância depende de Deus, como os nossos pensamentos, da nossa substância”, estaríamos diante de quatro termos. As funções são diferentes para “nossa substância”. O que interessa

10 *Id., Ibid.*, p. 425.

11 *Id., Ibid.*, p. 453.

12 *Id., Ibid.*, p. 425.

13 *Id., Ibid.*, p. 426.

14 *Id., Ibid.*, p. 427.

são as relações entre duplas de conceito. Não é o fato de “nossa substância” ser um mesmo termo ou conceito nas duas díades que interessa. É a relação decorrente das funções diversas dos conceitos. Propriamente aqui não há analogia, mas mera comparação. A proporção de dependência é que pode ser igual, analógica.

A relação das díades torna diferente o argumento analógico e o silogismo. Desse modo, a analogia não é um silogismo de quatro termos, portanto falso, nem se reduz a um simples silogismo dedutivo comum¹⁵.

Já os modernos entendiam a analogia de modo mais simples, não mais no sentido ontológico, mas recuperando de certa forma conceitos escolásticos, em dois aspectos: a) a similaridade de relações nos termos abstratos e b) a semelhança das coisas no sentido metafórico. A analogia da experiência formulada por Kant na *Crítica da Razão Pura*, como princípio puro do entendimento, é uma analogia de relações, pois se coloca na categoria das relações (substância, causalidade e reciprocidade). É necessária para o avanço da ciência.

Já Hegel¹⁶ entende a analogia como raciocínio reflexivo, cujo termo médio é um singular determinado ao mesmo tempo como universal. Tem semelhança com a analogia aplicada a coisas ou de atribuição. Se as coisas de um certo gênero têm certa qualidade, outras do mesmo gênero as terão provavelmente. Por exemplo, a lei do movimento dos planetas estará regendo um possível planeta a ser descoberto.

De qualquer modo, o que se pode notar é a distinção já feita pelos escolásticos entre analogia de atribuição, aplicada a

15 Cfr. BOBBIO, *Contributi*, p.4.

16 HEGEL, G.W.F. *Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. Frankfurt: Zurkamp, 1981, p. 341 e segs.

coisas (atribuição de um mesmo predicado a objetos diferentes) e analogia de proporção, aplicada a relações (relação de dois sistemas). Entretanto, mesmo na analogia de atribuição ou aplicada a coisas, está presente a noção de proporção.

2. A Analogia no Direito

a) Há dois caminhos para inteligir o conteúdo de significado do dispositivo legal: pela via da interpretação e, se não possível esta primeira, pela via da integração.

É que, tendo o nosso direito como fonte a lei – sem lei não há outorga de direitos subjetivos, nem imposição de deveres – cabe ao aplicador tão somente reconhecer o fato concreto como coincidente com o abstratamente descrito na lei e subsumi-lo nesse pressuposto legal, aplicando-lhe a consequência de direito ou da lei. Para esse reconhecimento, contudo, tem o aplicador de operar intelectualmente e buscar, pela via hermenêutica, o significado do texto jurídico contido na lei, no ambiente da aplicação, para que esta cumpra a sua finalidade jurídica que é a aplicação justa.

Se pela via da interpretação, com recurso ao instrumento hermenêutico lógico-extensivo, que atine à extensão do conceito, pode-se sobejar espaço para debate, pela da integração se encontrará a resposta, em observação ao princípio pelo qual não se pode invocar o *non liquet*. Desse modo, se a solução do caso não está prevista em lei, deverá ser usada como, processo de integração, a analogia. Assim, se há lei, segundo a posição de Gény, o que se pode fazer é interpretar (*comprehensio legis* pelas palavras – *verba* – e pela intenção – *mens*). Se não há lei, procede-se pela *extentio legis*, na expressão dos glosadores e comentadores¹⁷.

17 Cfr. BOBBIO, *Contributi*, p. 2.

O princípio da vinculação legal do aplicador, pela qual está adstrito ao ditame da lei, tem como objetivo eliminar o arbítrio do aplicador, cujos atos, em última instância, devem estar comandados pela lei, expressão da vontade do povo no Estado Democrático de Direito, único titular de poder. A esse princípio (político) de legitimidade do poder acrescenta-se o princípio (jurídico) de justiça, pelo qual se distancia o aplicador do elaborador, com o que o romano excluiu do direito a justiça salomônica, ou seja, a elaboração *ad hoc* da norma jurídica para fatos pretéritos. Distanciamento e vinculação dão a segurança jurídica da imparcialidade e da previsibilidade das conseqüências jurídicas, dada pela anterioridade da norma com relação ao fato gerador da conseqüência jurídica, elemento básico da realização da justiça ou do direito no seu conceito ou efetividade, por força da neutralização do fato regulado abstratamente.

A analogia, embora entendida como processo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico, é antes uma extensão da lei, no caso da *analogia legis*. A solução do caso está numa lei, não havendo, portanto, procedimento fora da lei. É a mesma lei que é aplicada ao caso concreto por força da sua mesma razão suficiente, ou seja, do *telos* que orienta a solução da *quaestio iuris*, que surge dos casos concretos. O critério analógico garante a vinculação do aplicador à lei, portanto à objetividade (pois a lei não foi feita pelo aplicador), e prefere os outros processos de integração.

b) A ciência do direito não se difere de outras ciências quanto à sua preocupação epistemológica: buscar o objeto empiricamente dado e descrevê-lo ou explicá-lo dentro do próprio fenômeno jurídico, no que tange ao método. Quanto à metodologia jurídica, que tem uma preocupação prática, fundamentalmente quanto à aplicação do direito, de encontrar o direito portanto (*Rechtsgewinnung*), a questão não é, porém,

descrever ou explicar o fenômeno, mas resolver uma questão prática, basicamente de conflito de interesses. Enquanto a preocupação do jurista é resolver conflito de interesse, seu discurso não é teleologicamente teórico e, nesse caso, não procederá simplesmente por indução ou dedução para descrever ou explicar o direito, objeto empiricamente dado, mas por analogia.

De certo modo, a cultura é uma analogia da natureza. O *nomos* concebe-se como uma constante, de certo modo igual, de certo modo diverso da constante da lei da *physis*, e o direito não escapa a essa estrutura criada por processo analógico. Entretanto, a analogia no direito não é a mesma que a desenvolvida com preocupação teórica, tal como a preconizou Aristóteles.

Santo Tomás de Aquino pode ser considerado o primeiro, pelo menos o que mais a fundo enfrentou o problema, a considerar a analogia com finalidade teórica, capaz de produzir conhecimento válido. Isso, em razão de fundar uma teologia cientificamente válida. Também para ele, como para Aristóteles, a analogia não poderia produzir conhecimento certo, apenas provável. Santo Tomás, contudo, entendeu poder partir da linguagem metafórica das Escrituras Sagradas e encontrar fundamentação universalmente válida, com caráter de certeza, portanto, para as verdades reveladas nas formas simbólicas das escrituras, postas como dogmas essas formas não são meras casualidades como na poesia. Isso porque há a revelação; deixada a si mesma, a analogia não oferece uma *certitudo*, mas apenas *similitudo*.¹⁸

18 Cfr. GUERIZOLI, Rodrigo. Polissemia e Rigor – Tomás de Aquino e o Método Interpretativo Escolástico (*Suma Teológica*, I, q. 1. In: *Síntese*. Belo Horizonte, vol. 26, n. 86, 1999, p. 325.

O conhecimento jurídico poderá também usar essa experiência: partir do dogma da lei ou norma jurídica, para, através da sua referência simbólica, encontrar proposições de dever ser universalmente válidas ou de pretensão de validade universal. Entretanto, a universalidade ou certeza do direito corresponde à validade universalmente reconhecida, isto é, não o verdadeiro na região do ser ou do dogma religioso, mas o *devido* na esfera do dever ser, que encontra a sua efetividade na particularidade do fato conflitivo (esfera do ser), a que o direito dá solução (esfera da superação da separação ser-dever ser).

Todo conhecimento do direito, ainda que teórico, deve servir a soluções práticas, que, em última instância, têm sua prova na aplicação da norma para resolver conflitos de interesses ou preveni-los.

Assim sendo, a analogia não é estudada aqui na sua dimensão teórica, como em Aristóteles e Santo Tomás, mas prática, na qual encontra uma constante, a *ratio legis*, que lhe dá uma diferença substancial com relação à analogia de finalidade teórica: busca encontrar o *devido* com força de definitividade, que nada tem a ver com o provável, nem é a certeza ou apoditicidade. Com esta, porém, guarda simetria, pois o devido na esfera prática equivale à certeza da analogia teórica na concepção tomista. Desse modo, não se faz aqui qualquer diferença entre o razoável e o racional, pois que o razoável, isto é, uma solução razoável de um conflito é sempre devida; e se é sempre devida, está presente a sua pretensão de universalidade, e a universalidade só se dá no racional. Essa pretensão de universalidade tem de ser entendida dialeticamente, num processo de solução das contradições, pois a pretensão de universalidade de uma decisão só ganha efetividade pela universalidade da lei, que não se perde na analogia, pois através dela, o fato da lei se torna particular, mas não o *devido* concretamente decorrente da realização da

prescrição da lei, a qual permanece sempre universal e só se singulariza pela mediação da particularidade do fato ocorrido. Por exemplo, “todo aquele que receber algo como empréstimo, deverá devolvê-lo”. A *prescrição* é: *deverá devolvê-lo*. Essa *prescrição* permanece universal, válida para o fato da lei e para o fato externo a ela, mas fato semelhante, como, por exemplo, a entrega da coisa para ser transportada gratuitamente.

No direito, portanto, o resultado da analogia não é simplesmente provável como na aristotélica, porque o que se busca não é a frequência do fato, através de uma estatística, como ocorre no instituto da *presunção*. Na analogia do direito, não se busca afirmar a existência de um fato a partir de outro, como provável que aconteça. Busca-se o *devido*, portanto o obrigatório que aconteça, equivalente à certeza no argumento alético. Trata-se na analogia jurídica de um argumento prático, que, pelas vias da lógica, chega a um resultado de valor, o éqüo. É um argumento, por isso uma operação lógica, mas com vistas a um resultado prático, no agir humano, de natureza axiológica, ou seja, a alcançar uma solução justa. O que move ou impulsiona a operação analógica no direito é a exigência axiologicamente considerada de igualdade, portanto de igualdade na ou perante a lei. Nesse caso, não há por que indagar se a lacuna é subjetiva, isto é, se ocorreu por descuido do legislador, ou de propósito; ou objetiva, vale dizer, por mudança da realidade social não prevista ou imprevisível. A analogia, como vetor axiológico da aplicação, corrige a lacuna e impede, ao fazê-lo, o uso do argumento *a contrario*.

c) Num primeiro momento, podemos verificar que também a analogia na aplicação do direito começa por reconhecer entre o fato concreto e o abstrato da lei uma igualdade e uma diferença. Com relação aos fatos coincidentes com o da descrição da lei, a atribuição da sua consequência é unívoca;

procede-se de modo distributivo. Se o fato não está presente na lei, indaga-se sobre em que são iguais ou semelhantes e de que modo são diferentes. Esse o ponto de partida do processo analógico.

A analogia jurídica, como analogia que é, apresenta-se de modo mais complexo ainda. Não é suficiente a semelhança pela igualdade de características entre dois fatos. É necessário que haja um que cause, produza ou seja relevante para que uma outra exista. Assim, constatadas certas características de um fato, dentre as quais uma é relevante para que outra exista, verifica-se se no fato comparado existe a mesma característica relevante e, se existe, infere-se que esse fato tem a outra característica produzida pela característica relevante. Aparece, aí, o conceito de *ratio legis*.

Se se reduz a analogia à indução imperfeita, que vai do particular ao geral e depois do geral ao particular¹⁹, tem-se de encontrar esse geral no ordenamento jurídico, na forma de uma norma principial, acima da lei aplicanda. É possível essa operação, desde que seja possível a analogia jurídica, pois é algo que está dentro da norma a aplicar, a sua *ratio*. Esse procedimento que busca um princípio comum difere, contudo, da *analogia iuris*, uma vez que esta lida apenas com o princípio imerso no ordenamento jurídico e não revelado. Em suma, se a regra jurídica é expressa, então não se há de buscar princípio jurídico para a analogia, mas a *ratio legis*; neste caso, tem-se *analogia legis*. Se se aplica o princípio imanente ao ordenamento, mas não expresso (pois, se é expresso e escrito, é lei), então tem-se

19 Cfr. SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – seus princípios fundamentais no Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. Leia Livros, s/d, p. 37. O capítulo sobre a analogia (de leitura indispensável) apresenta vários ângulos da analogia jurídica no Direito Brasileiro.

a *analogia iuris*, que, para Bobbio, é apenas a aplicação de um princípio geral do direito²⁰. Assim, se há um princípio não expresso no ordenamento aplicável a determinado caso, e o aplicamos a outro, semelhante e com igual *ratio*, ocorre *analogia iuris*. Se há uma lei (expressa) e buscamos um princípio não expresso, como regra comum ao caso da lei e ao caso nela não previsto, e aplicamos a lei, ocorre *analogia legis*. A analogia *legis* se faz com a lei. A analogia *iuris* se faz com um princípio não expresso, mas implícito no ordenamento jurídico. Se o princípio não é explícito, nem implícito no ordenamento jurídico, poderá integrá-lo, mas como fonte exógena, não por analogia.

É importante notar que, também no direito, a analogia é um argumento que vai do particular ao particular. Embora a lei seja geral, e com isso o fato por ela regulado, também o seja esse fato é particular diante do fato não regulado, pois não há um terceiro fato a compreender os dois. E, se há, esses fatos funcionariam à guisa de espécies com relação ao terceiro, o qual apareceria como gênero. Por isso, não é possível logicamente a analogia na lei excepcional ou singular como bem percebeu Paulo. Se exclui determinado fato, exclui-o também da *ratio* da lei geral, pois é *propter aliquam utilitatem*²¹.

A analogia surge no direito por exigência técnica, por exigência social e por exigência axiológica. Por exigência social, porque a lei não pode prever todas as situações de fato a serem reguladas, já que não é o legislador onisciente, nem pode prever todos os fatos novos que fazem as mudanças nas relações sociais. Por exigência axiológica, porque há “a necessidade da igualdade jurídica, em virtude da qual as mesmas situações de fato devem

20 BOBBIO, *Contributi*, p. 11.

21 V. BOBBIO, *Contributi*, p. 12.

comportar as mesmas” soluções jurídicas, ou seja, a exigência de normatividade de um fato, para realizar a justiça segundo a consciência jurídica da época, “assegurando a comodidade das relações sociais”. Por exigência técnica, à vista de não alcançarem os conceitos da lei todos os fatos, que se enriquecem, para evitar a técnica esdrúxula de esticar o conceito por interpretação imprópria e inadequada, razão pela qual a analogia se apresenta como técnica de decisão para suprir lacunas (*jurisdictione suppleri* - Pédio)²², por força da impossibilidade da posição *non liquet* do judiciário, técnica essa tradicionalmente usada no direito romano²³, que manda proceder por semelhança para encontrar o direito (*ad similia procedere atque ita ius dicere debet*)²⁴.

d) Desse modo, não se há de invocar o princípio ou regra geral exclusiva pela qual o que não está regido particularmente não se pode exigir. Mas deve-se invocar o princípio ou regra geral inclusiva, pela qual, havendo a mesma situação de fato, pretende o direito a solução de conflitos de interesse, não

22 ULPIANO. *D.*, I, 3, 13.

23 Como lembra BOBBIO, *Contributi*, p.1.

24 JULIANO. *D.* 1.3.12; Espínola, com base em Enneccerus, aponta os casos de lacuna a ensejar a analogia, dividindo-as em voluntárias, aquelas em que o legislador se omite, dando apenas orientação geral e deixando a cargo do juiz indagar da boa-fé do homem honesto, verificar abuso ou mau uso do direito, ficando o prudente arbítrio do juiz responsável de realizar a equidade, etc; ou involuntárias, quando não há o propósito do legislador, como quando o fato não era previsto, contradições que provocam o vazio ou a norma se torna inaplicável (ESPÍNOLA, Eduardo & ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. V. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 128, nota). DE PAGE, Henri (*De L'Interpretation des lois*. V. I-II. Paris: Payot, 1925 (1978), p. 247), a partir de GÉNY, François (*Methode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2ª Ed., v. 1, p. 313 e 314) apresenta como fundamento da analogia: a impossibilidade de prever todos os fatos, o princípio pelo qual o juiz não pode deixar de decidir a normatividade dos casos, a necessidade da igualdade jurídica, a realização da justiça, assegurando a tranqüilidade das relações sociais.

apenas a solução da espada ou da força (que os particulares também podem dar pela justiça privada), de fato ou meramente real, mas a da balança (da ponderação), ou da razão, ou seja, da igualdade como solução justa, de direito ou axiológica; então, para tanto, há de se reconhecer vazio no ordenamento e recorrer a processos para seu preenchimento, dentre os quais o mais técnico, por usar o próprio ordenamento jurídico legal, a analogia, prevista na regra geral inclusivo-extensiva do art. 4º da L. I. C. C., no nosso Direito.

Na teoria de Donati (*Il Problema delle Lacune nell'Ordinamento Statale*), da regra geral exclusiva²⁵, entende-se que o direito regula também os casos excluídos da regulação positiva; das disposições particulares, que criam um dever específico, “deriva uma norma complementar”, segundo a qual “em todos os demais casos não deve haver limitação”. Nega a possibilidade de inclusão na norma positiva (particular) de outros casos nela não previstos e, com isso, a analogia, pois que lacuna não há: uma regra geral inclusiva dá unidade à norma particular (que regula positivamente o fato) e à norma complementar (que regula negativamente os demais fatos). Nesse caso, prevalece a regra de interpretação do argumento *a contrario sensu*, incompatível com a analogia. Daí por que um mesmo caso pode ter consequência jurídica totalmente contrária, segundo se argumenta *a contrario sensu*, excluindo-se com isso a incidência da consequência normativa para além do fato na norma descrito, ou segundo se recorre à analogia para estender-lhe a consequência normativa.

Donati entende que neste caso a lei não só diz ou declara “que não há outras limitações”, mas também que “*não quer* que as haja”. Haveria mesmo um comando positivo de exclusão das

²⁵ Ver BOBBIO, N. *Teoria Generale dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960, p. 150.

outras situações, como se a norma dissesse: “ficando excluído desta lei os demais casos ou situações”. Isso significa que, se o caso está fora da regulação particular da lei, mesmo assim, está regulado pelo direito. A partir dessa mesma posição, da exclusão do fato não previsto, Ferrara chega a conclusão diversa. O direito, para ele, tem a função de impor deveres; os casos não regulados (entenda-se *expressamente* ou *positivamente*) estão fora do direito. Se não é regulado, para ele não valem as normas jurídicas. Se, porém, deveria ser regulado, então há lacuna²⁶.

Observando de perto essa questão, que está na base do conceito de completude ou incompletude do ordenamento jurídico, relevada por Zittelmann (*Lücken im Recht*), pode-se concluir que não se pode tomar uma posição *a priori*, para depois dar soluções ao fato. Em toda aplicação, há que se seguir o rumo axiológico do direito: realizar a solução do conflito de interesses de modo *justo*. Trata-se, pois, de uma questão de solução ambivalente: pode-se usar ou não um dos argumentos, o *a contrario sensu* ou o processo analógico. A aplicação de um ou outro recurso argumentativo depende de uma visão metapositiva, que põe a indagação da finalidade *dikelógica* do direito. Não há como justificar qualquer aplicação, portanto, ao próprio direito e, com isso, da analogia, senão segundo um princípio de igualdade ou equilíbrio que no direito é a justiça; dentro, porém, do direito positivo. Dentro do direito positivo e diante do caso concreto, portanto, por força de equidade, como já advertia Cícero, condensando, de modo genial, os dois momentos da analogia, o lógico e o axiológico, segundo o princípio que manda reconhecer direitos iguais para situações

26 FERRARA, Fr. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 159, nota n. 1.

iguais: “*Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*”.²⁷

Por isso, a analogia no direito não é apenas uma operação lógica, nem apenas valorativa ou axiológica, como querem alguns²⁸. Ela é um processo em que ambas as dimensões da razão, a operativa e a valorativa, dialeticamente se articulam para resultarem na unidade da solução ou aplicação.

e) No direito, a característica relevante da analogia é a *ratio legis*, o fundamento da lei, o qual deve coincidir, ser o mesmo em ambas as situações de fato consideradas. Essa característica relevante produz ou faz existir a lei e sua consequência, determina uma conclusão que não é simplesmente provável, mas devida, sob pena de tratamento desigual, com privilégios para uns e arbítrio para outros.

A analogia jurídica encontra lugar privilegiado no direito romano, conforme o fragmento do jurista Juliano (já citado). É o processo lógico pelo qual, a partir de *semelhanças* entre um fato regulado em lei e outro a ela externo (não regulado por ela), identifica-se neste último a mesma razão (ou fundamento) pela qual a prescrição ou consequência jurídica foi atribuída ao fato pela lei, a ele, portanto, devendo ser estendida (ou aplicada).

27 O texto em que Cícero formula um problema de usucapião e para cuja solução aplica o princípio de equidade acima citado é o seguinte: “*Quod in re pari valet, valet in hac, quae par est: ut, Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appelliantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae in causis paria iura desiderat*”. (CÍCERO, Marco Túlio. *Tópica*, IV-23, in: *Oeuvres Completes de Cícéron*. Ed. M. Nisard. T. I. Paris: J.J. Dubochet et Compagnie, 1840, p. 492.) Cfr. SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. V. I. Rio: Freitas Bastos, 1959, p.11 e segs.

28 Cfr. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação do Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 48, n. 35.

A norma não é o fato pura e simplesmente com a sua descrição. O fato é nela pressuposto de uma conseqüência jurídica. Ao dar conseqüência jurídica a um fato (por exemplo, uma sanção), tem ela uma *causa*, o mal que o fato produz a alguém, e um fim, evitá-lo. A razão de ser da lei, da norma, é a relação entre a sua causa e o seu fim. Só na conjunção desses dois elementos, a causa e o fim, é que se pode detectar o que se denomina *ratio legis*, a ser identificada na analogia jurídica. *Ratio legis* é, pois, “aquilo pelo qual a lei é posta e sem o qual não seria posta” (*Id propter quod lex lata est et sine quo lata non esset*). Essa razão (suficiente para Bobbio) determina o processo analógico; mesma razão, mesma disposição (*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*)²⁹. A rigor, a causa da lei é um mal e a finalidade, um bem; pelo menos, é evitar esse mal. Mesmo quando a lei dá como conseqüência a um fato um direito subjetivo, o que pretende, no fundo, é evitar uma situação por ela reputada como um mal, uma situação injusta. Assim, a causa é sempre um fato que ela (a lei) não quer, valorado como injusto. Segundo a regra de Juliano, se o direito pretende evitar uma situação considerada injusta, produzida por um certo fato, atribuindo-lhe uma conseqüência (sanção), deverá atribuir essa mesma conseqüência a outro fato que produza a mesma situação injusta. Evidentemente, esse princípio de equidade, que cassa todo privilégio, é limitado por outro princípio também desenvolvido pelos romanos: o da segurança jurídica, dado pela lei e que no direito moderno se consolidou no direito penal pela fórmula de Beccaria, expressa por A. Feuerbach, na proposição: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Na proporção ou equilíbrio entre o mal a evitar e o bem a ser preservado está a justiça. Se se exorbita a lei dessa proporção, então ela cria privilégio ou violência, dando a um o que não lhe pertence, portanto, sem ser para lhe restaurar o que fora limitado ou

29 BOBBIO, *Contributi*, p. 5.

diminuído por um dano. O equilíbrio social almejado é partido. Se ela limita o bem de alguém sem *ratio*, é arbítrio ou violência.

Gény descreve, como fundamento da analogia, a necessidade da igualdade jurídica, pela qual “as mesmas situações de fato devem comportar as mesmas sanções das normas jurídicas”. Esse princípio de equidade que comanda todo processo analógico de solução do caso não descrito na lei é o que Cícero, em *De Officiis*, livro II, cap. 12, entende como direito que se busca, que deve ser igual para todos e não pode ser de outro modo (*ius enim quaesitum est semper aequabile, neque enim aliter ius esset*)³⁰.

A analogia baseia-se, assim, no princípio grave do direito ocidental, pedra de toque de realização do justo, o tratamento igualitário do destinatário da lei, de forma que o que de direito para um é justo, é equo para o outro. Isso segundo um adágio alemão (Gény), de tal modo que, se acontece a exclusão daquele que está na mesma situação do fato dado, a que a lei conferiu direito, a situação atenta contra esse princípio de igualdade e introduz no direito os vícios antijurídicos por excelência, ou seja, o privilégio, na medida em que atribui direito a um com exclusão do outro, e o arbítrio, na medida em que exclui esse último do que ao outro se distribui. É um argumento lógico para a obtenção de um fim axiológico no direito, a equidade.

Desse modo, se há identidade de características essenciais entre a situação de fato descrita na lei e aquela a que se pretende estender seus efeitos, a analogia é o instrumento adequado para o acerto da lei. Trata-se, portanto, segundo Gény, de um procedimento lógico que consiste em induzir um princípio interno, a partir das soluções particulares, princípio esse que as explica, e aplicar por dedução esse princípio a outras

30 Cf. GÉNY, *Methodes*, p.119.

hipóteses que apresentam as condições desse mesmo princípio. E isto por força de buscar e realizar a idéia da *igualdade jurídica*, que é o fundamento da analogia³¹. Isto, porém, se ocorre a mesma *ratio legis*.

Assim, interroga-se: qual é a solução dada pela lei ao caso por ela previsto? Qual é o princípio que explica ou justifica essa solução? Quais são as outras hipóteses semelhantes à da lei? Pode-se aplicar a essas situações o mesmo princípio que justifica a solução da lei aplicável à sua hipótese?

De qualquer forma, esse princípio é o que se denomina *ratio legis*, (não a *occasio legis*). De nenhum modo se há de buscar a *occasio legis*, pois sendo esta de natureza histórica e empírica, tem caráter accidental e equívoco, pois tal *occasio* poderia “dar lugar a uma decisão diferente”³². Por isso, se de um lado o *semelhante* aponta a solução *idêntica* da lei, por outro, é o igual que possibilita o trânsito da consequência jurídica ao caso não contemplado descritivamente pela lei, razão pela qual Gény fala da passagem “do mesmo para o mesmo”³³. Há razão se se considera a *ratio*, pois é necessário que haja a *mesma ratio* (*eadem ratio*) para que se possa chegar à decisão pela aplicação da lei. A *ratio legis* deve ser a *mesma ratio decidendi*, na medida em que os casos sejam semelhantes. A *semelhança* está entre os casos, o previsto no suporte fático da hipótese da lei e o não previsto. A *igualdade* está na consideração dos destinatários e na *identidade* na *ratio*. Desse modo, a partir da *similitudo casi*, pela *paritas qualitatis*, alcança-se *identitas rationis* ou a causa idêntica, o fundamento comum entre a lei e a decisão com o fim de realizar o justo, ou seja, de tratar igualmente os que se colocam em situações iguais.

31 GÉNY, *op. cit.*, p.122.

32 GÉNY, *op. cit.*, p.120.

33 Cfr. FALCON YTELLA, Maria José. *El Argumento Analógico en el Derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1991, p.88, n. 185.

Como diz Ferrara³⁴, para haver analogia é necessário que o fato esteja fora de regulação. Sendo o caso de interpretar a letra da lei, se o termo cuja aceção regular é de dimensão estrita, quando deveria ser tomado termo mais abrangente, o que se faz é correção do texto para prevalecer o entendimento da lei; corrige-se o *corpus* para adaptar-se à *mens legis*. Entretanto, se a *mens* é que não estará na norma, então é o caso de analogia. E para isso é necessária a semelhança. Esta deve ser de elementos essenciais comuns ou iguais das respectivas situações jurídicas, a da lei e a do fato a analogar com o fato da lei. Desse modo, não estando implícito na *mens legis* o fato, a despeito do termo de significação restrita nela empregado, o que se deve fazer é buscar uma “igualdade jurídica”, ou seja, uma igualdade na essência (e o essencial é o jurídico) entre o caso a regular e o regulado. Esses elementos essenciais constituem a “*ratio iuris* da norma”, que se devem separar das notas acidentais ou qualidades insubstanciais que os cercam. É preciso, através de semelhanças dos fatos, encontrar a identidade jurídica ou de razão de regular. Não é, portanto, um processo apenas de estender o conceito para abranger objetos que não sejam incluídos no conceito significado pelo termo verbal, é um processo de inclusão compreensiva, por semelhança dos elementos essenciais, de situações que objetivamente e conceptualmente (tanto segundo o *corpus*, como segundo a *mens* da lei) são diversas. É, ainda, um procedimento lógico, que vai do particular ao particular, ainda que modelo, pois o fato da lei é particular, já que não engloba o do caso concreto, repita-se. Entretanto, não se deve esquecer que o essencial na analogia é o idêntico, a *ratio legis*, para a qual a semelhança é o caminho.

34 FERRARA, *op. cit.*, p. 160.

3. Interpretação Extensiva e Analogia

a) “Na interpretação extensiva, estende-se o conteúdo de uma norma a casos não previstos, mas essa operação se dá sem sair da norma. Na analogia, a extensão se dá com base numa *norma superior*, criando-se, assim, uma *nova norma*”, segundo Bobbio. O procedimento lógico é o mesmo, mas neste se integra e naquele apenas se interpreta.

Bobbio, que estudou bem a analogia no direito, esteve inseguro para definir se há ou não diferença entre a analogia e a interpretação lógico-extensiva. Afirma serem ambas as operações um mesmo processo de argumentação, pensando mesmo que uma criação de norma seria arbítrio; a analogia não pode ser uma criação, porque ela aplica norma já dada, caracterizando uma auto-integração³⁵.

Parece, contudo, que não é o mesmo procedimento lógico. No procedimento lógico-extensivo, vai-se do conceito de menor extensão, da espécie, para o de maior, o gênero. Por exemplo: a norma que defere a herança aos filhos, usando a palavra “filhos”. Ora, “filhos” é uma palavra que descreve uma classe de seres, que se coloca adequadamente na classe mais extensa, a de “descendentes”. Nesse caso, entender “filhos” como significando “descendentes” é estender o conceito, numa operação simples, da espécie (ou parte) para o gênero (ou todo).

Já na analogia, o procedimento é diverso. As classes de objetos que se consideram não estão postas imediatamente como espécie e gênero, ou particular e geral ou universal. Na analogia, uma classe não inclui a outra, mas, reciprocamente,

35 Bobbio considera com a razão que a analogia é processo de auto-integração, como também o princípio geral do direito, ao contrário de Betti, que considera os princípios gerais do direito critérios de valoração, por isso excedente ao ordenamento jurídico. (BOBBIO, *Teoria Gen. dell'Ord. Giur.*, p. 180).

uma é externa à outra. São, portanto, particulares. Através de uma nota comum, entre elas, e que lhes dá semelhança, busca-se um gênero comum ou, no caso do direito, uma razão suficiente, um fundamento comum, que sempre será uma conjugação da causa com a finalidade da lei. Evidentemente, o valor que orienta a finalidade da lei já foi incorporado quando da sua elaboração.

Mesmo se se trata a analogia como uma espécie de indução conjugada com dedução, ida do fato particular da lei (particular diante do fato não regulado) para o gênero, e do fato não regulado (também particular) para o mesmo gênero por semelhança, mesmo assim a operação é a mesma que estender o significado de uma palavra da espécie para o gênero. Na analogia jurídica, porém, há um elemento central e idêntico: a *ratio legis*.

Decerto, Bobbio, no *Contributi*, adota a concepção de Giannini, afirmando que a interpretação extensiva “estende o conteúdo de uma norma jurídica a casos não previstos”, enquanto que na analogia ou interpretação analógica se parte de uma norma expressa para uma “norma superior, que compreende tanto o caso regulado quanto o caso semelhante a ser regulado”³⁶.

Na extensão lógica, esclarece-se o conceito expresso na letra da lei. Na analogia, não se tem em conta apenas a significação informativa ou intelectiva do pressuposto da norma, mas também a sua *voluntas*. Estende-se a vontade da lei para

36 BOBBIO, *Contributi*, p. 10, citando na nota nº 9, M. S. Giannini, pelo seu texto: *Lanalogia giuridica*, in *Jus*, pp. 516-550, 1941 e pp. 35-76, (1942). Bobbio emprega como sinônimos os termos *interpretação analógica* e *analogia*. Entretanto, deve-se reservar a expressão “interpretação analógica” para a interpretação que se faz de uma norma em confronto com outra. Analogia é processo de integração, não de interpretação.

além dos limites traçados nos seu pressuposto ou na descrição do fato. E isso é que caracteriza o jurídico na semelhança da igualdade, a *vontade normativa* respaldada (coercitiva). Na interpretação lógico-extensiva, o lógico é determinante da *voluntas*; na analogia a *voluntas* é determinante do lógico, exige o processo.

A interpretação lógico-extensiva da lei pressupõe um certo equívoco na lei. A lei terá empregado palavra que pode ter sentido diverso do estrito, no qual foi tomada. A analogia, porém, enquanto atribuição de predicado, difere do termo equívoco, porque por ela o termo se aplica de certa maneira com um mesmo significado e de certa maneira com significado diverso. Ela está no problema da atribuição lógica entre a equivocidade e a univocidade. Vale dizer: o conceito unívoco, um conceito universal, por exemplo, predica-se distributivamente a todas as coisas daquela classe ou gênero; o conceito equívoco se aplica diferentemente e a analogia se aplica de certa forma igual e de certa forma diferente. A doutrina aristotélico-tomista mostra, como exemplo claro de conceito analógico, o conceito de ser, que não é um gênero univocamente distribuído a todos os entes. Por exemplo, o conceito “homem” aplica-se univocamente a todos os seres dessa classe, no mesmo sentido (diz-se: *simpliciter idem*, na expressão de Santo Tomás de Aquino); o termo “cão” tem, entretanto, sentido equívoco, segundo se aplique à constelação ou ao animal (*simpliciter diversa*); já o análogo aplica-se diferentemente aos objetos, mas não inteiramente (*secundum quid diversa*), por exemplo (ver acima), a aplicação do predicado saudável a sujeitos diversos: pessoa saudável (que *tem* saúde), manhã saudável (que *dá* saúde) e aparência saudável (que *mostra* saúde). Em todas essas predicções, temos um igual, a saúde, e um diferente. A saúde está em todas as predicções, mas de modo diferente; essa diferença se dá no *como* esse predicado é atribuído: como *ter*, como *dar* e como *mostrar*. Por isso, tanto

na ontologia aristotélica como na tomasiana, o ser é explicado como um conceito analógico, razão pela qual não é um gênero atribuível univocamente [*Ens enim non est genus sed multiplicito dissitur de diversis (De Veritate Q. I^a a. I^o)*].

Ora, a regulação jurídica é *razoável*, tecnicamente (não ainda analogicamente). Isso significa que o legislador é livre para pôr-se determinado fim que almeja alcançar com a proibição ou ordenação de um fato³⁷. E, ao pôr-se o fim, estabelece o meio, que é exatamente a proibição ou a ordenação do fato. Há um equilíbrio com o fim colimado, a prevenção do resultado do fato proibido ou a consecução do resultado do fato ordenado. Na analogia, procura-se encontrar o fim proposto pelo legislador com a regulação da norma e se verifica se o instrumento, a norma, é adequado a alcançá-lo em todas as circunstâncias; se é limitado, não englobando casos que produzem o mesmo resultado que o legislador não queria, ou que não deveria acontecer, então estende-se a eles a *dispositio legis*.

b) No direito, a razão suficiente de uma lei (a *ratio legis*) é o seu fim. Fundamento é a razão de ser, razão suficiente pela qual a coisa existe, entra na existência, portanto, essencial, necessária (*conditio sine qua non*), sem a qual não pode ocorrer, ou seja, no direito, a *ratio legis*, ou o que faz com que a lei exista, sem o que não existiria: *id propter lex lata est, sine quo lata non esset*. Assim, podem existir vários meios para realizar os fins das leis; não há um único, o por ela usado³⁸. Se é possível por outro meio chegar a esse fim almejado, é válido o meio utilizado e o resultado que é idêntico ao da lei, que usa meio diverso.

Aquilo sobre que se indaga é se o caso concreto, que se oferece ao juiz, é semelhante ao pressuposto da lei, já que não

37 BOBBIO, *Contributi*, p. 6.

38 FERRARA, *op. cit.*, p. 141.

é o mesmo (igual ou idêntico); e se, sendo semelhante, uma ou algumas das suas notas são a causa da lei ou da atribuição da sua conseqüência ao seu pressuposto. Se tal característica do fato foi capaz de determinar a conseqüência da lei, ocorrendo ela em fato diferente do da lei, deve produzir aquela mesma conseqüência. *A ratio decidendi* é a mesma *ratio legis* e por isso o dispositivo da decisão deve ser coincidente com a conseqüência da lei. Da semelhança de casos, extrai-se a identidade de razão. A razão é idêntica, o caso é que é semelhante.

Em suma: o caso da lei, ou o pressuposto fático da lei é diferente do caso a ser julgado. Ambos, porém, têm qualidades comuns; não qualquer ou quaisquer qualidades, mas qualidades essenciais, definidoras dos fatos ou sem as quais o fato não é o mesmo. Mais: além da semelhança dada pela comunidade de qualidades de notas essenciais ou relevantes, a razão de ser da lei, ou da conseqüência da norma legal, são essas notas essenciais comuns às do fato a analogar. A lei proíbe um fato para que não ocorra um dano social com a sua comissão, ou ordena (ou permite) o fato para que um dano não ocorra com a sua omissão. Tem, portanto, uma causa (o dano que não deve ocorrer) e uma finalidade (o bem social que ela pretende realizar). Ocorrem correlatamente, isto é, ao mesmo tempo em que se dá a causa, dá-se também a finalidade. Isso denomina-se a *ratio*, o fundamento da lei.

4. A Regra Positiva de Extensão-Compreensão do Direito Brasileiro

Cabe, por último, uma breve nota sobre a analogia no Direito Brasileiro, tema já desenvolvido por Arnaldo Vasconcelos no livro *Hermenêutica no Direito Brasileiro* (citado acima). Se a norma de integração do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro refere-se a todo o Direito Brasileiro

(o que não se discute), reserva feita para o direito penal, *ad peius*, porque, nesse caso, há o princípio exceptivo da estrita reserva legal, do *nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁹ – lei no sentido material e formal - e para lei excepcional, restritiva de direito, vez que a analogia lhes daria generalidade e violaria, na restrição do direito, o princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (material e formal), ao Direito Público aplica-se também a analogia em caso de lacuna.

Isso parece, entre os doutrinadores, ser extreme de dúvida; cite-se, por ilustração, Hely Lopes Meirelles⁴⁰, para quem todos os princípios do Direito Civil são trasladados para o Direito Administrativo, por via analógica, ou seja, por forma de *compreensão*, e não por *extensão*, do que resulta que a “analogia admissível no campo do Direito Administrativo é que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito”. Assim também entendeu o Consultor Geral da República, Romeo de Almeida Ramos, pronunciando-se sobre a aplicação analógica da lei administrativa a fato não previsto por ela. Na verdade, os dois lados do processo estão presentes: a regra compreende, porque se estende.

Coíbe-se o arbítrio, o privilégio, traduzidos nas perseguições, no favoritismo, enfim, no mau uso do poder na

39 Conforme Miguel Maria de Serpa Lopes, “o Direito Romano (Dig., 18, 4, 7, § 3º) admitia a aplicação das penas por analogia, orientação seguida pelos Códigos da Saxônia e de Brunswick”, e pelo Código Penal da União Soviética. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. Vol. I. 6ª ed. rev. e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988)

40 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed. São Paulo: Rev dos Tribunais, 1986, p.16 e 17. Assim também entendeu o Consultor Geral da República, Romeo de Almeida RAMOS (Parecer nº I-169, de 25/02/72. In: *Rev. de Dir. Adm.*, vol 109, julho/setembro 1972, p. 245.

esfera administrativa⁴¹ e na grave função judicante. Essa circunstância levou alguns administrativistas a entenderem não haver possibilidade de agir o administrador *praeter legem*, mas apenas *secundum legem* nos atos de execução das normas legais. De qualquer modo, pode-se dizer, como regra geral, que, no direito público, observa-se o princípio do direito canônico apontado por Bobbio, *odia restringi et favores convenit ampliari*⁴², pelo qual o alcance da lei odiosa, incriminadora ou penalizadora deve ser restringido, ao passo que ampliado o da lei favorável, como ocorre na analogia *in bonam partem* no direito penal. Tenha-se sempre em mente que uma norma exceptiva, em regra, ainda que se possa ter como *lex favorabilis*, não autoriza a analogia. É o caso do favor tributário, da discriminação excepcional do aborto, muito embora neste último caso a descrição do fato não punível ou discriminado possa ser entendida como não conceptual, mas típica (não se confundindo com fato-tipo), podendo-se, portanto, aplicá-la a casos próximos.

Essa posição é correta, desde que entendido o processo de integração como exógeno, ou seja, feito por meio do costume ou até mesmo por princípios gerais de direito, que para alguns são externos da ciência. Entretanto, o instrumento analógico de integração não pode ser desprezado pela administração pública, mesmo porque não é propriamente integração por incorporação de norma externa ao sistema, mas aplicação por extensão de norma do sistema.

O que não se admite é o administrador buscar regra nova genérica ou que não se acoste na lei, como o costume, por

41 DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Há Lacunas no Direito Administrativo. *Rev. da Fac. de Dir.*, Fortaleza, 33 (1), 1992/93, p.238.

42 Cf. BOBBIO, *Contributi*, p. 13.

exemplo, o que só é permitido ao juiz, quando não pode colmatar a lacuna pelo processo da analogia. Ora, entender o ato administrativo como sujeito ao princípio que rege toda a administração, o da legalidade, é também entendê-lo como ato de execução do direito em toda sua plenitude. E negar a aplicação analógica aos casos nos quais se materializa a mesma *ratio legis* é negar um direito fundamental garantido na Constituição Federal, o de igualdade, valor essencial do sentido do justo (art. 5º, *caput*).

5. Conclusão

O que é necessário ocorrer na analogia, segundo o princípio da *ubi eadem ratio legis ibi eadem dispositio*, é que sejam as mesmas a razão da lei (*ratio legis*) e a razão de decidir (*ratio decidendi*). Os fatos são apenas semelhantes, mas a causa e a finalidade da disposição da lei são as mesmas (idênticas) da disposição da norma concreta, ou da máxima que se pretende criar.

A analogia ou decisão por analogia é, portanto, um processo de solução jurídica que começa pelo pressuposto da norma legal, o qual, comparado com o fato sobre o qual se deve decidir, é dele diferente; segue-se por identificar entre o fato concreto, pressuposto da máxima a se produzir ou a se criar, e o pressuposto da norma legal uma ou mais qualidades essenciais ou relevantes que os fazem semelhantes. Tendo em vista que toda lei tem sua *ratio* (razão de ser), ou seja, toda consequência de direito ou disposição prescritiva da legal tem uma causa e um *telos*, verifica-se se o que causou ou motivou a imputação de uma consequência do direito ocorre no fato a ser solucionado, vale dizer, se a *ratio legis* é a mesma da *decidendi*. A última etapa é aplicar a consequência da norma legal ao fato concreto.

Em resumo, no direito, o processo analógico exige a semelhança dos casos e a identidade de razão ou fundamento para que seja legítimo, com a finalidade de restabelecer o éqüo. É , portanto, um processo lógico-axiológico.