

## A Analogia no Direito Processual Penal

DR. FLAVIO FENOGLIO GUIMARÃES\*

### 1. Introdução.

O ordenamento, como sistema dinâmico, tem a propriedade de qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis ou podem ocorrer condutas sem que ele as discipline?

O ordenamento jurídico é completo toda vez que o juiz, ao decidir um litígio, pode se valer de uma norma nele encontrada. No dizer de Bobbio, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema.

Nosso sistema, como a maioria, é fechado ou podemos encontrar situações sem qualquer regulamentação ?

Creemos que existem lacunas no ordenamento jurídico, pois a tarefa do legislador de captar, prever e regular todas as situações fáticas do mundo fenomênico é muito árdua, em face da dinâmica da evolução das relações sociais.

Podemos dizer que a lei tem o escopo de regular as relações entre os Homens, tentando assegurar uma harmônica vida em sociedade.

Todavia, a própria evolução do Homem e suas próprias limitações podem gerar lacunas no sistema jurídico por ele criado, ficando sem previsão situações fáticas relevantes, as quais devem ser resolvidas pelos juristas.

Situações existem, na atualidade, que não têm sido reguladas pelo legislador.

Aquilo que se definiu como bio direito, relativamente às inseminações artificiais, até agora, ao menos neste país, não se encontra normatizado.

É claro que a evolução da ciência médica deve ser seguida de perto pelo direito mas, a tarefa legislativa não é e nem pode ser tão célere quanto a evolução bio-tecnológica.

Podemos, então, concluir que existem lacunas na lei. Por isso deve seu aplicador se valer de ferramentas próprias para o deslinde dos casos que lhe são apresentados e não guardam regulamentação legal.

## 2. CONCEITO.

A analogia é uma forma de auto-integração do direito (ou norma), funcionando como mecanismo de preenchimento das lacunas da lei.

No dizer de Franco Montoro, é essencialmente o raciocínio pelo qual passamos de um ou mais casos particulares para outro caso particular.

Ainda, segundo Bettioli, consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto.

Na lacuna involuntária da lei, deve-se aplicar ao fato não expressamente regulado, um dispositivo que disciplina hipótese semelhante.

Tal se faz necessário porque é muito provável que a solução dada para uma determinada situação seja a melhor e mais adequada para um problema semelhante, que deixou de ser regulado pelo legislador.

Vale dizer que devemos nos utilizar do raciocínio indutivo para solucionar a questão, partindo de dados particulares, suficientemente enumerados, até chegarmos a uma conclusão geral.

### 3. MODALIDADES.

Podemos falar em analogia legis e analogia juris, ocorrendo a primeira quando a própria norma legal tanto pode regular o fato por ela previsto quanto outro e a segunda quando o que se poderia aplicar extensivamente seriam os princípios jurídicos induzidos das normas particulares.

Foi Grolmann que teve a prioridade dessa bipartição entre analogia legal (Gesetzenalogia) e jurídica (Recht-analogie), que foi logo adotado por Wachter, passando à rotina da doutrina jurídica.

#### 2.1. Analogia Legis

Analisando a primeira modalidade temos que, inexistindo uma disposição legal sobre um assunto, deve se recorrer a outro dispositivo para solucioná-lo.

Explica Maria Helena Diniz:

A analogia legis apoia-se num dispositivo legal existente, que é aplicável à hipótese similar, constituindo-se, portanto, num argumento lógico, numa autêntica reconstrução normativa, produto, por uma lado, de uma segurança e estabilidade jurídica e, de outro lado, da flexibilidade do direito. Procura encontrar um fundamento valorativo na norma que permita que nela se englobe a situação não regulada, que, por sua vez, apresenta certa semelhança com o fato contido nessa norma.

Podemos citar como exemplo o artigo 197 da Lei 7210/94 (Lei das Execuções Penais), que dispõe:

Das decisões proferidas pelo juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Não previu, no entanto, o legislador, qual o rito procedimental a ser utilizado.

Deixando de consagrar, o Código de Processo Penal, tal tipo de recurso, buscou-se a solução para esse problema.

Alguns entenderam que deveria ser aplicado o rito do Recurso em Sentido Estrito (artigo 581 do Código de Processo Penal), já que o recurso de agravo veio substituí-lo.

Outros, que fazem parte da maioria, seguindo o escólio de Júlio Fabbrini Mirabete resolveram a lacuna aplicando analogicamente o procedimento previsto para o agravo no Código de Processo Civil.

Nada mais se fez, no caso em tela, do que a aplicação da analogia, expressamente permitida pelo artigo 3º do Código de Processo Penal:

A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Outro exemplo pode ser dado: admissão de recurso em sentido estrito, contra decisão que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional (Lei 9.271/96).

Vale colacionar ementa de recente julgado inserto na Revista dos Tribunais, volume 741, página 643:

Da decisão que determina a suspensão do processo e do prazo prescricional, a teor do art. 366, "caput", do CPP, com redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.1996, cabe recurso em sentido estrito, com fundamento, por analogia, no art. 581, XVI, do mesmo estatuto processual.

## 2.2. Analogia Juris

Esta modalidade de analogia se dá quando estamos frente a um caso concreto não regulado pela lei, e impossível a aplicação da analogia legis, tendo em vista a inexistência, também, de regramento para o caso semelhante.

Vale dizer, consoante define Carlos Maximiliano, que ocorre a analogia legis quando não existe nenhum dispositivo aplicável à espécie nem sequer de modo indireto e, em razão disso encontra-se o juiz em face de instituto inteiramente novo, sem similar conhecido.

Com muita objetividade, explica Maria Helena Diniz que a analogia juris ou conjunta (segundo Larenz), é o processo lógico que, com base em várias disposições legais, que disciplinam um instituto semelhante ao não contemplado, reconstrói a norma ínsita no sistema pela combinação de muitas outras .

Alguns juristas, principalmente os da Alemanha, entendem que a analogia juris não passa de um procedimento, pelo qual se supre a deficiência legal através dos princípios gerais de direito.

Poderíamos então dizer que a analogia juris é, na verdade, simplesmente a utilização dos princípios gerais de direito?



A resposta, parece-nos, seria negativa, mormente segundo a lição de R. Limongi França :

a analogia, em verdade, não raro, pode servir-se dos princípios gerais do direito, mas cumpre atentar para o fato de que esses princípios podem ser aplicados aos casos concretos por via direta, sem necessidade de utilização do processo analógico

E ainda elenca, o citado autor, segundo se extrai do texto transcrito por Maria Helena Diniz, os pontos divergentes entre aqueles institutos, afirmando que:

A analogia é método de aplicação do direito, baseado no princípio racional de que os casos semelhantes se devem regular pelas mesmas normas, ao passo que os princípios gerais do direito são variedade do próprio direito normativo, aplicável diretamente ao caso concreto; a analogia requer para seu uso a aplicação de uma lei preexistente para caso similar, enquanto que os princípios gerais do direito podem ter autonomia e ser aplicados independentemente da lei; a analogia pode servir-se de um costume ou de uma lei, mas nem por isso o direito consuetudinário ou o ordenamento se consideram espécies de analogia.

E acrescenta:

se aceitarmos a tese de que o princípio geral de direito não é senão uma forma de analogia, os princípios gerais do direito, em face do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, se aplicariam antes do costume.

#### 4. FUNDAMENTO.

Procura-se, por meio da analogia, aplicar-se aos casos semelhantes as mesmas soluções, atendendo-se assim, ao princípio da igualdade.

Repousa aí, pois, o principal fundamento da analogia, sendo nada mais que o respeito à máxima ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio, ou seja, onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito.

Explica Maria Helena Diniz que:

O processo analógico constitui um raciocínio "baseado em razões relevantes de similitude", fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente, semelhantes.

Para Francesco Carrara analogia é harmônica igualdade, proporção e paralelo entre relações semelhantes .

Podemos extrair do caput do artigo 5º, da Constituição Federal o princípio da igualdade. A ordem jurídica, como consequência de tal princípio deve, pois, ser isonômica.

Por essa razão, nenhuma lei pode regular distintamente situações fáticas semelhantes devendo, seu aplicador, em face de uma lacuna, procurar hipótese semelhante ao caso concreto para sua solução fazendo, de certa forma, o caminho que teria sido realizado pelo legislador se tivesse previsto o fato que deixou de regular.

## 5. PRESSUPOSTOS.

Exige-se, para que se permita o recurso à analogia, três requisitos básicos:

a) o fato considerado não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador; b) haja regulamentação de situação que apresenta ponto de contato, relação de coincidência ou algo idêntico ou semelhante; e c) esse ponto de contato ou comum haja sido o elemento determinante ou decisivo na implantação da regra concernente à situação considerada pelo julgador.

Em outras palavras, primeiramente há que se constatar a omissão na lei que deve ser involuntária. O legislador deixou de regular aquela situação por entender, por exemplo, desnecessária.

Verificada a lacuna nos termos acima expostos, temos que analisar se existe alguma norma que regule fato semelhante.

Encontrada alguma norma que regule situação similar ao do caso omissis, mister ainda se faz que o "ponto de contato" entre as duas ocorrências tenha sido determinante na produção da norma.

Neste sentido adverte Franco Montoro que é necessário que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo.

Igualmente, destaca Maria Helena Diniz que o elemento de identidade entre os casos não pode ser qualquer um mas sim fundamental, que levou o legislador a criar o dispositivo que se entende deva ser aplicado ao caso semelhante. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica.

## 6. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALÓGICA.

Podemos conceituar interpretação como o processo lógico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica. Interpretar é desvendar o conteúdo da norma, esclarece Magalhães Noronha.

A analogia já foi devidamente conceituada conforme o item 1 supra.

Sabemos que a doutrina confunde os dois institutos porque a interpretação, no seu conceito moderno, tem por escopo a voluntas legis, desenvolvendo-se num plano

objetivo e atual, que, por sua vez, é bem mais extenso do que o da escola tradicional, que procura atingir a "vontade do legislador".

Na interpretação extensiva há uma ampliação no alcance das palavras da norma, para que esta corresponda à vontade do texto. A lei diz menos do que pretendia dizer.

O exemplo quem dá é TOURINHO FILHO:

O art. 34 do CPP diz que o menor de 212 e maior de 18 pode exercer o direito de queixa. Pergunta-se: poderá exercer, também, o direito de representação? Claro que sim. Quem pode o mais pode o menos. Na verdade, a representação é um minus em relação à queixa. Se ele pode exercer o direito de queixa, isto é, se ele pode praticar o ato instaurador da instância penal, quanto mais dar assentimento, a permissão (e nisto consiste a representação) para processar o sujeito ativo do crime.

Pelo que se viu, a interpretação extensiva está contida na norma escrita, mas em estado latente. O intérprete analisa e estende o conteúdo da lei, embora esta não tenha deixado isso expressamente consignado.

Diferentemente, a analogia é um mecanismo auto-integrativo do direito e não interpretativo, adverte Maria Helena Diniz.

Cabe ainda explicar a diferença entre a analogia e a interpretação analógica, que é uma hipótese de interpretação extensiva.

Na interpretação analógica, está na vontade da lei a extensão de seu conteúdo a outros casos semelhantes.

Cite-se como exemplo o artigo 403 do Código de Processo Penal que contém a expressão "...ou outro motivo de força maior..."

Diferentemente, quando falamos em analogia, não se pode supor que a lei quis ser omissa. Pelo contrário, a lacuna foi involuntária.

Vale dizer que o ponto contrastante entre os dois temas está na voluntas legis, que na analogia não se faz presente.

## 7. A ANALOGIA E AS FONTES DO NORMA PROCESSUAL PENAL.

A palavra fonte, em seu sentido figurado, significa: origem, causa ou princípio.

São, de acordo com o tema tratado, os meios através dos quais se estabelecem as normas jurídicas.

Assim, no dizer de Guilherme Alves Moreira, fontes do direito designa os modos de formação da norma jurídica, ou as formas que essas normas revestem.

Várias são as classificações das fontes do direito.

Verifiquemos as mais importantes.

Alguns dividem as fontes do direito em diretas e indiretas ou imediatas ou mediatas. As primeiras, são aquelas que pela sua própria força são suficientes para gerar a regra jurídica. Exemplo: a lei e o costume. As últimas, consistem nas que não possuem a mesma virtude das anteriores, mas de uma certa forma, levam à elaboração da norma. São elas a doutrina e a jurisprudência.



Chamamos também as fontes do direito de materiais e formais.

Fontes materiais, ou de produção, são as que criam o direito e as formais, igualmente conhecidas como de cognição, revelam o direito, sendo o modo de expressão deste.

Franco Montoro indica as fontes formais do direito como a legislação, o costume jurídico, a jurisprudência e a doutrina e como fontes materiais a realidade social (que contribui para a formação do direito) e os valores que o direito procura realizar, sintetizados no conceito de justiça.

Numa visão geral, temos que a única fonte primária do direito é a lei, em sentido amplo. Vale dizer, o jus scriptum em oposição ao jus non scriptum, podendo, assim, se concluir que a doutrina e a jurisprudência não são fontes do direito, mas sim, formas de sua interpretação.

Entretanto, como assevera Franco Montoro, a resolução das controvérsias e dos conflitos pelo Poder Judiciário, leva à formulação explícita de regras que se encontravam, em estado latente e implícito, na lógica do sistema social em vigor.

Entendemos correto afirmar que as únicas fontes do direito sejam a lei e os costumes. Só pode ser fonte de direito aquilo que impõe uma obrigação.

Frente a esse quadro, temos que a principal fonte normativa do Direito Processual Penal é o Código de Processo Penal (decreto-lei 3.689/41), seguido da legislação extravagante que tem papel de fonte complementar.

Em segundo lugar temos, como antes observado, o costume jurídico na integração das leis processuais.

A praxe judiciária ou forense, que dele é formada, constitui, muitas vezes, através dos estilos do for, a única fonte reguladora de atos processuais e de sua respectiva coordenação, no procedimento, com outros atos e fases da relação processual .

O artigo 3º do Código de Processo Penal afirma que a lei processual penal admitirá a aplicação da analogia, assim como a interpretação extensiva e o suplemento dos princípios.

Ensina Frederico Marques sobre a aplicação e interpretação da lei processual penal que em havendo lacunas, funcionam, como fontes secundárias, a analogia e os princípios

gerais de direito, segundo o que preceitua o artigo 3º do Código de Processo Penal. Isto significa que no Direito Processual Penal as omissões da lei são preenchidas através da auto-integração (analogia) e da heterointegração ("o suplemento dos princípios gerais do direito") .

É certo que a doutrina entende que o processo analógico não tem aplicação no Direito Penal, relativamente às denominadas "normas penais incriminadoras", em face do princípio do nullum crimen nulla poena sine lege.

Tratando-se, porém, de norma não incriminadora, é possível se aceitar a aplicação analógica em favor do réu. Assim temos a chamada "analogia in bonam partem, podendo citar o exemplo da exclusão de culpabilidade do crime de aborto em gestante cuja gravidez resultou de atentado violento ao pudor.

Em matéria processual penal, tema central deste trabalho, são vários os exemplos de aplicação analógica em face da lacuna da lei.

Àqueles já colacionados no item 2.1. supra, podemos trazer o exemplo exposto por Tourinho Filho relativo ao artigo 367 do Código de Processo Penal, que diz sobre a citação mediante rogatória. Ensina o citado autor que nosso código não estabeleceu o conteúdo da rogatória, devendo ser aplicada a regra do artigo 354 do mesmo diploma, atinente à precatória .

Finalizando, a tudo o que já foi dito acrescente-se, mais uma vez, a lição de Frederico Marques, que ao abordar o tema da hermenêutica processual assim se manifestou:

Na pesquisa do significado da lei a ser aplicada, o juiz, como seu intérprete mais categorizado, deve sempre atender "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", ex vi do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Cumpre-lhe não esquecer, porém, que a tutela da liberdade individual está compreendida nos imperativos do bem comum, visto que a pessoa humana é o mais alto valor entre os que o Direito protege, como regra disciplinadora da vida em sociedade .

**BIBLIOGRAFIA:**

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal, . 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1996

\_\_\_\_\_ Execução Penal, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1993

\_\_\_\_\_ Manual de Direito Penal, São Paulo, atlas, 1996

MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas, Bookseller, 1997

JESUS, Damásio E. de, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1995

NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1990

REALE, Miguel, Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva, 1986

\_\_\_\_\_ Lições Preliminares de Direito, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975

TORNAGHI, Hélio, Curso de Processo Penal, Saraiva, 1989

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Atlas, 1988

\_\_\_\_\_ A Ciência do Direito, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1995

LIMA, Hermes, Introdução á Sciencia do Direito, 2ª ed., 1934, São Paulo, Companhia Editora Nacional,

MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil, São Paulo, Saraiva, 1979

MONTORO, André Franco, Introdução à Ciência do Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_ A indução Generalizadora no Campo do Direito (apostila de acompanhamento do curso de pós-graduação/Puc-SP)

BOBBIO, Norberto, Teoria do Ordenamento Jurídico, 6ª edição, DF, Unb, 1995

\_\_\_\_\_ O positivismo Jurídico, São Paulo, Icone, 1995

DINIZ, Maria Helena, Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, São Paulo, editora Saraiva, 1994

\_\_\_\_\_ As lacunas no direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981 e 3ª ed., Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_ Compêndio de Introdução à Ciência do Direito, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995

FRANÇA, R. Limongi, Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo, Saraiva, 1995

\* Juiz Auxiliar do 4º Tribunal do Júri de São Paulo. Mestrando em Direito Processual penal junto à Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Professor Universitário e Professor do Curso Preparatório Bandeirantes para Concursos.

Disponível em:

<[http://www.estudando.com/direito/artigos/a\\_analogia\\_no\\_direito\\_processual\\_penal.htm](http://www.estudando.com/direito/artigos/a_analogia_no_direito_processual_penal.htm)> Acesso em: 18 ago. 2008.