

# ***A INDUÇÃO ANALÓGICA NO CAMPO DO DIREITO***

---

**GILSON DELGADO MIRANDA**

*Juiz de Direito em São Paulo capital.*

*Professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e  
Pós-Graduação da Faculdade de Bauru-ITE.*

*A lei não esgota o Direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos da lei, são processos técnicos de expressão e não meios inextensíveis de exprimir.<sup>1</sup>*

## ***1. INTRODUÇÃO***

As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, tudo visando a estender a todos os casos da mesma espécie. Em outras palavras: a norma procede por abstração, pois contém em si uma generalidade, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos.<sup>2</sup>

Quem tem a tarefa de passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato da vida, é o aplicador do direito, seja ele juiz, tabelião, advogado, administrador ou contratante. *A aplicação do direito é, portanto, decorrência de competência*

---

<sup>1</sup> Mário Moacyr Porto, *A Estética do Direito*, in RT 541/16.

<sup>2</sup> Alípio Silveira. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, 1968, v.1, p. 242.

*legal. O juiz aplica as normas gerais ao sentenciar; o legislador, ao editar leis, aplica a Constituição; o Poder Executivo, ao emitir decretos, aplica norma constitucional; o administrador ou funcionário público aplica sempre normas gerais ao editar atos administrativos; simples particulares aplicam norma geral ao fazer seus contratos e testamentos.*<sup>3</sup>

Nessa tarefa, primeiro fixa-se o verdadeiro sentido da norma jurídica e, após, determina-se o seu alcance ou extensão.

É, pois, o trabalho de interpretação, hermenêutica ou exegese,<sup>4</sup> que se baseia na *relação entre dois termos*, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreados diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito (pense-se nas diversas escolas de interpretação bíblica). De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação estatística e de interpretação dinâmica, dependendo

---

<sup>3</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 374.

<sup>4</sup> O termo interpretação não é exclusivo da linguagem jurídica, tendo utilização em inúmeros campos: *assim se fala de interpretação das Escrituras Sagradas, de interpretação das inscrições arqueológicas, de interpretação literária, de interpretação musical... Pois bem, interpretar significa remontar do signo (signum) à coisa significada (designatum), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Ora, a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos, é uma species do genus signo (tanto é verdade que é substituível por outros signos, por exemplo os gestos da mão, embora seja mais perfeito porque mais rico e maleável). Assim, por exemplo, quando digo "cavalo", me limito a produzir um som vocal, mas com isto indico uma coisa diferente de tal som. Como complexo de signos, a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos, o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso. Ademais há sempre um certo desajuste entre a idéia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada que a segunda, que serve para exprimi-la; além disto, nós não usamos nunca as palavras isoladamente, exceto o menino que aprende a falar ou quem se encontra num país estrangeiro de cuja língua só conhece alguns exemplos, mas formamos complexos de palavras, ou proposições. Ora dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes (e podemos até dizer que um termo tem tantos significados diferentes quanto são os contextos em que pode ser usado)* (Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones 1995, pp. 212/213).

de a atividade do intérprete tender exclusivamente à reconstrução fiel do que pretendia significar o autor dos signos, objeto da interpretação, ou, vice-versa, tender ao enriquecimento do significado dos signos interpretados, para adequá-los às exigências das variadas circunstâncias histórico-sociais (pense-se nos diversos modos em que pode ser interpretado um trecho musical).<sup>5</sup>

A interpretação é sempre necessária.<sup>6</sup> *O Direito a aplicar a forma, em todas as hipóteses, é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preenche esta moldura em qualquer sentido possível.*<sup>7</sup>

Fixados o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, passa-se à aplicação do Direito, isto é, situações distintas. Com efeito, *a aplicação do Direito a casos concretos não se confunde com a interpretação. São momentos distintos. A interpretação, como esclarecimento do sentido e alcance da norma, precede o ato da aplicação desta em cada caso.*<sup>8</sup>

E a aplicação do Direito é feita pelo raciocínio lógico: dedutivo e indutivo (generalizador e analógico).

## ***1.2. APLICAÇÃO AO DIREITO DO RACIOCÍNIO INDUTIVO***

A indução, de fato, é uma espécie de raciocínio (ou método) utilizado pelo Direito.

---

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones 1995, p. 213.

<sup>6</sup> Norberto Bobbio ainda observa: *Um dos campos em que a interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é a do direito. Este é constituído por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas, etc) que exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador, que pôs as leis contidas em tais textos. A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos* (*O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones 1995, p. 213).

<sup>7</sup> Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1985, p. 366.

<sup>8</sup> André Franco Montoro, *Apostila do Curso de Lógica do Mestrado da PUC-SP – 1º Semestre de 1996*, p. 14.

O raciocínio ou método, segundo definiu Bertrand<sup>9</sup>, é o conjunto dos processos mais breves e seguros, que nos levam ao conhecimento das verdades científicas. A principal divisão do método é a que se faz geralmente em indutivo e dedutivo.

O primeiro, que parte do estudo dos fatos para a formulação das leis, ou do particular para o geral, compõe-se dos seguintes processos: observação, experimentação, comparação e generalização ou indução propriamente dita.<sup>10</sup> (Mas há também a indução analógica, aliás objeto do nosso tema, que parte do particular para o particular).

Pela observação, examinamos paciente e minuciosamente os fatos, que caem no domínio dos nossos meios de percepção. E como os fenômenos sociais, por sua extrema complexidade, não ministram bases para a formação de leis seguras, quando observados em acanhado âmbito de espaço, ou em curto período histórico, forçoso é recorrermos aos dois abundantes repositórios de fatos sociais, que são a estatística e a história.<sup>11</sup>

Valendo-nos depois da experimentação, provocamos, em dadas condições e nos limites do possível, a reprodução dos fatos já observados, para assim corrigirmos os resultados da observação, ou para os assertamos em mais sólida base.<sup>12</sup> Mas, a observação e a experimentação só nos conduzem ao conhecimento dos fatos isolados. Para desses fatos extrairmos o suco ideal, que constitui a ciência, é mister que os comparemos, que investiguemos o que há de comum, de constante, de geral, em uma determinada série de fenômenos. Somente então poderemos generalizar, formular as leis a que esses fatos estão subordinados, isto é, induzir.<sup>13</sup>

Na maior parte dos casos não nos é dado comparar, senão quando abstraímos dos demais atributos do ser, ou dos outros elementos que concorrem na produção do fenômeno, e fixamos a

---

<sup>9</sup> cf. citou Pedro Lessa, *Estudos de Philosophia do Direito*, 1912, p. 6.

<sup>10</sup> Pedro Lessa, *Estudos de Philosophia*, 1912, p. 7.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 7 e 8.

atenção exclusivamente em um certo atributo, ou em um determinado elemento. A abstração consiste, pois, em separarmos mentalmente de um todo uma parte, na realidade inseparável.<sup>14</sup>

Cumprir notar que a observação, base do método indutivo, pode ser subjetiva ou objetiva. A primeira é a que se exerce sobre o eu; e a segunda a que tem por objeto o mundo externo. Daí a discriminação entre o método subjetivo e o método objetivo, ou experimental. A exclusiva aplicação do método subjetivo ao estudo da filosofia, da moral e da filosofia do direito, tem os seguintes graves inconvenientes: primeiro, a falta de fiscalização ou verificação das leis formuladas por cada observador; segundo, dada a extrema variedade dos espíritos, a profunda diferença entre o homem culto e o selvagem, entre as próprias inteligências educadas diversamente, com tendências várias e preconceitos opostos, não é possível em um grande número de casos induzir com segurança, partindo da observação exclusiva do eu.<sup>15</sup>

Inversamente, o método dedutivo desce do geral para o particular.<sup>16</sup>

A combinação desses dois processos forma o método positivo, lógico ou científico. E tal é o único método de que dispõe a inteligência do homem para conhecer as verdades de ordem científica. Fora dele nada mais se consegue do que, segundo a expressão de Cogliolo, *divinazioni piu o memo infelici*.<sup>17</sup>

Não é lícito, portanto, admitir como verdades científicas proposições que não sejam resultados da aplicação do método positivo. Aceitar como fundamento do direito conceitos revelados por uma fórmula sobrenatural, ou princípios dados *a priori*, é confundir o domínio da ciência com a religião, ou com o da metafísica. O objeto da ciência é a explicação, como da religião é

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 10.

a fé, e o da metafísica um conjunto de especulações sobre os seres e os fenômenos que não podemos conhecer cientificamente.<sup>18</sup>

### 3. LACUNAS DA LEI. INTEGRAÇÃO JURÍDICA

O estudo da interpretação do direito nos leva naturalmente ao problema das lacunas da lei.<sup>19</sup>

O Direito tem vazios ou lacunas?

Para aqueles que reduzem o Direito aos preceitos dos códigos e das leis escritas, não há dúvida de que existem lacunas em qualquer ordenamento jurídico, pois a lei não pode prever todas as situações presentes e futuras.<sup>20</sup>

Houve época em que vigorou o preceito de que, na falta de disposição legal ajustada ao caso, o juiz devia abster-se de julgar. *Non liquet*, era a fórmula a ser então empregada pelo magistrado, ao verificar que inexistia elementos suficientes para decidir. Mas, por um critério político ideológico, esta concepção que outrora havia, cedeu para a necessidade de se solucionar o conflito. Diante disso, nenhuma lesão de Direito pode ser afastada do controle jurisdicional; mesmo que inexistia lei amparando o caso concreto.

Já que é assente o princípio da proibição do *non liquet*, o magistrado deve sempre sentenciar, fundado na livre apreciação dos fatos a motivar seu convencimento. Quando a lei for omissa,

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 10 e 11

<sup>19</sup> André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 380.

<sup>20</sup> Como bem esclareceu Fábio Ulhoa Coelho, a teoria pura não considera a questão das lacunas como pertinente à logicidade do sistema jurídico. Trata o tema, situando-o no capítulo da estrutura escalonada da ordem jurídica, no tópico reservado à jurisprudência. Ou seja, é assunto ligado ao direito positivo, que, segundo Kelsen, não se apresenta necessariamente lógico. Kelsen mostra que as lacunas são impossíveis. Como a estrutura da norma jurídica é a de ligação deontica entre a descrição de uma conduta e a sanção estatuída, então de duas formas: ou o comportamento em exame está ligado a certa pena e é proibido, ou não está e é permitido. A norma geral de permissão das condutas não proibidas (o que não está proibido está permitido) torna a idéia tradicional de lacunas inadmissível. Nunca haverá ausência de norma jurídica, posto que, inexistindo específica sanção relacionada à conduta em foco, aplicar-se-á a ordem jurídica, na permissão geral de tudo quanto não se encontra proibido (*Para entender Kelsen*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 46).

determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil - o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Trata-se de característica da completude do direito que está intimamente ligada ao princípio da certeza do direito. É por esse princípio que se apresenta a necessidade de conciliarmos entre si dois temas juspositivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recursar-se a resolver uma controvérsia qualquer.<sup>21</sup>

#### **4. HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO. A TAREFA DO JUIZ**

*O problema da integração, como advertiu Tércio Sampaio Ferraz Júnior,<sup>22</sup> aparece desde que se postule uma distinção entre atividade legislativa, executiva e judiciária.*

*A adoção do princípio da tripartição dos Poderes está no cerne da questão. Pressupõe uma organização política relativamente estável e uma sociedade cujos problemas jurídicos, à época em que a teoria das lacunas é formulada, pareciam restringir-se, na sua maior parte, aos de natureza privada, sendo o conteúdo de seus conflitos questões interindividuais. Não obstante, se de um lado estas condições permitiram a concepção do direito como norma posta e encarada pelo intérprete como ponto de partida inegável, as necessidades de uma sociedade em mudança, de outro, exigiam o rompimento desta pretensa atitude acrítica perante o direito posto. A constatação de um possível descompasso entre este e as necessidades sociais trouxe, assim, a questão da lacuna (os grifos não estão nos originais).*

A questão dos modos de integração, ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior,<sup>23</sup> diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna. Na verdade, tais instrumentos têm dupla

---

<sup>21</sup> Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícone Ltda, 1995, p. 207.

<sup>22</sup> *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p. 298.

<sup>23</sup> *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pp. 298 e 299.

*finalidade, pois não só servem para o preenchimento como também para a constatação da lacuna. Embora do ângulo analítico, a lacuna, aparentemente, deva ser vista como falha ou omissão do sistema, do ângulo hermenêutico exige um procedimento de revelação que lhe é correlato. São correlatos na medida em que o preenchimento da lacuna pressupõe que ela seja antes constatada e revelada, o que curiosamente se dá pelo uso dos mesmos instrumentos, pressupondo-se uma exigência de preenchimento (a proibição do non liquet) - e como vimos o preenchimento cabe ao juiz. Nesse sentido, p. ex.: a analogia não é só usada para preencher ou colmatar um vazio, mas também para mostrar o vazio. Ou seja, a lacuna não aparece, para o hermeneuta, como uma evidência, mas exige demonstração. Tanto que a doutrina reconhece casos de lacunas aparentes.*

*Embora correlatos, preenchimento e constatação são, porém, independentes, pois se diz que ultrapassam os limites permitidos à atividade integradora (lacunas que só o legislador pode preencher com a edição da lei necessária: p. ex.: as lacunas no ordenamento penal). Além disso, o preenchimento da lacuna não impede a sua constatação em novos e sucessivos casos e circunstâncias, a qual, assim, continua a existir até que o legislador, definitivamente, a venha eliminar a lacuna da lei preenchida pela sentença judicial no caso concreto não desaparece do sistema legal, devendo ser preenchida em novos casos concretos (os negritos e as maiúsculas não estão nos originais).*

Como se vê, no Direito há sempre solução para o caso. O Código Civil suíço de 1912, p. ex.: admitiu solução expressa para as lacunas: *nos casos não previstos, o juiz decidirá segundo o costume e, na falta deste, conforme as normas que estabeleceria se legislador fosse, inspirado na doutrina e na jurisprudência dominante.* Outros Códigos, incluindo o nosso e os italianos de 1865 e de 1942, não dão essa margem de arbítrio ao juiz, mandando-o, primeiro, pela *analogia*, depois, pelos costumes e,



por fim, pelos princípios gerais do direito, decidir o caso não previsto.<sup>24</sup>

Nesse diapasão, em relação à *existência de hierarquia* para a integração do Direito, manifesta-se expressamente Tércio Sampaio Ferraz Júnior:<sup>25</sup> *a imposição do costume como meio de integração da lei no artigo 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta. Em princípio o costume será praeter legem ou prevalece a lei. Com isso é possível argumentar que também a analogia e a indução amplificadora (e, certamente, a interpretação extensiva, caso admitamos como meio de integração), por tomarem por base a lei, precedem, em hierarquia, o costume.*

*Aliás, o art. 108 do CTN impõe expressamente a utilização hierarquizada dos instrumentos referidos, ao dispor que: Art 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:*

*I. a analogia;*

*II. os princípios gerais de direito tributário;*

*III. os princípios gerais de direito público;*

*IV. a equidade.*

Por oportuno, impõe-se indagar a razão da hierarquia. Há base para se exigir uma aplicação escalonada dos métodos necessários à integração do direito? A analogia, de fato, prevalece em relação aos outros métodos?

As respostas, como vimos, devem ser efetivamente positivas.

A fonte maior do direito é a lei (e não é a única). Assim, há de se verificar a existência de uma capacitação de expansão natural do ordenamento jurídico, fator que permite à norma disciplinar casos outros, aparentemente não previstos, solucionando o problema fático surgido.

---

<sup>24</sup> Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao Estudo do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 246.

<sup>25</sup> *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, p. 304.

A analogia é colocada como o primeiro patamar para integração do direito por uma simples razão: há, na espécie, a identificação da vontade presumida do legislador. *Mutatis mutandis*, quando se estende, pela aplicação do raciocínio indutivo analógico, uma certa norma a um outro caso por esta não regulado, o aplicador do direito se vale ainda da vontade do legislador. Explico (ressalvando as opiniões em contrário): a despeito de não ter havido previsão legal, forçoso concluir, de forma presumida, que se tivesse o legislador atentado para a hipótese fática teria se valido da regulamentação já existente e que serviu de base para a aplicação do raciocínio analógico.

Vale dizer: *o intérprete positivista imputa sempre as normas por ele formuladas à vontade do legislador: à sua vontade expressa, no caso de interpretação em sentido estrito; sua vontade presumida, no caso de integração.*<sup>26</sup> Assim, *o magistrado ao aplicar as normas jurídicas, criando uma norma individual, deverá interpretá-las e corrigi-las, mantendo-se dentro dos limites marcados pelo direito. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, como o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma do direito. Por isso, a tarefa do magistrado não é meramente mecânica, requer um certo preparo intelectual, ao determinar qual a norma que vai aplicar.*<sup>27</sup>

Por tudo isso, podemos dizer que o legislador brasileiro previu apenas a lacuna da lei e não a do Direito. Realmente, não pode o legislador prever todas as situações fáticas da vida, principalmente diante das constantes transformações que vivemos.

Destarte, conclui-se que, realmente, existem lacunas da lei, mas estas devem ser, necessariamente, supridas pelos métodos integrativos.

---

<sup>26</sup> Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones, 1995, p. 219.

<sup>27</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 378.

## 2. ANALOGIA. CONCEITO

A analogia é tida como a primeira forma de conhecimento mediato. Segundo Miguel Reale, a analogia consiste em estender a um caso particular semelhante as conclusões postas pela observação de uma caso correlato ou afim, em um raciocínio por similitude.<sup>28</sup>

Este tipo de raciocínio é bem difundido no estudo da lógica. *Foi estudado pela primeira vez por Aristóteles (nos Analíticos primeiros do seu Organom), que o chamou de paradigma (termo que foi traduzido no latim medieval por exemplum). O raciocínio por analogia tem uma estrutura similar ao silogismo, só que sua proposição menor, em lugar de ser constituída por uma afirmação de identidade, é constituída por uma afirmação de semelhança.* A forma do silogismo (como no clássico exemplo: todos os homens são mortais, Sócrates é um homem, portanto Sócrates é mortal) é esta:

M é P

S é M

S é P

A forma do raciocínio por analogia (p. ex.: os homens são mortais, os cavalos são semelhantes aos homens, portanto os cavalos são mortais) é, diferentemente, esta:

M é P

S é semelhante a M

S é P

Ora, enquanto no silogismo, a conclusão é sempre necessária (a saber, verdadeira), no raciocínio por analogia isto não ocorre sempre. De fato, a semelhança existente entre o sujeito (no nosso exemplo: os homens) e o termo médio (os cavalos) pode ser relevante ou irrelevante e somente quando a semelhança é relevante a conclusão é exata. Um raciocínio por analogia falso é,

<sup>28</sup> *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 141.

p. ex.: o seguinte: o seu automóvel vermelho faz 150 Km por hora, o meu automóvel é similar ao seu porque também é vermelho e, portanto, também o meu automóvel pode fazer 150 Km por hora; neste caso realmente a semelhança da cor é irrelevante. Mas, como se faz para estabelecer se a semelhança é relevante ou não? Tendo como premissa que duas entidades são similares quando têm em conjunto algumas de suas características (não todas, porque neste caso seriam idênticas), dizemos que uma entidade tem uma semelhança relevante com uma outra quando têm em comum aqueles elementos que são a condição ou razão suficiente para que atribuamos a esta um certo predicado. No nosso exemplo, a razão suficiente, pela qual predicamos dos homens que são mortais, é o fato de que os homens são seres vivos; como os cavalos são eles também seres vivos, têm conseqüentemente com os homens uma semelhança relevante, que nos permite dizer que também eles são mortais. Ao contrário, no caso do automóvel, a cor vermelha não é razão suficiente para dizermos que ele faz 150Km por hora, pois a identidade da cor entre os dois automóveis constitui uma semelhança irrelevante no que diz respeito à sua velocidade.

O que distingue o raciocínio por analogia do silogismo é que o primeiro possui aquilo que os lógicos chamam de *quaternio terminorum*, visto que os termos do raciocínio são não três, mas quatro. A verdadeira forma do raciocínio por analogia é esta:

M é R

R é P

S é R

S é P

(Por exemplo: os homens são seres vivos, os seres vivos são mortais, os cavalos são seres vivos como os homens, portanto os cavalos são mortais). Para reduzir tal raciocínio à forma do silogismo é preciso eliminar um termo (e exatamente aquele do qual se parte para fazer o raciocínio por analogia) e dizer: os seres vivos são mortais, os cavalos são seres vivos, portanto os cavalos são mortais, isto é:

R é P

S é R  
S é P<sup>29</sup>

Em outras palavras:

*Se verifico que um fato ou um objeto possui as características A + B + C + D, sou levado, naturalmente, a estender suas leis ou qualidades a outro fato ou objeto que apresente as características A + B + C + D + F. Meu espírito alarga então, ao segundo caso, o que lhe foi dado afirmar sobre o primeiro.*<sup>30</sup> Tudo visando a suprir a lacuna existente na lei.

Com efeito: *é de se presumir que, havendo correspondência de motivos, igual deva ser o preceito aplicável. É preciso notar que a analogia tem pontos de contacto e pontos de dessemelhança com o processo intuitivo. A analogia coincide com a intuição por ser conhecimento do particular, mas difere dela por ser sempre de natureza racional, enquanto que a intuição pode assumir formas emocionais ou volitivas.*<sup>31</sup>

A analogia, quer seja de direito ou de fato, implica sempre algo de criador por parte do sujeito, exigindo certa contribuição positiva do intérprete, ao estender a um caso o visto em outro. Poder-se-ia dizer que nela existe larga margem de construção, razão pela qual deve ser bem delimitado o seu campo de incidência, toda vez que estiver em jogo a liberdade individual.

Entretanto, é bom que se diga que a analogia é nada mais nada menos do que um processo revelador de normas implícitas.<sup>32</sup>

O seu fundamento está fulcrado na igualdade jurídica, já que o processo analógico constitui um raciocínio *baseado em razões relevantes de similitude, fundado na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas, substancialmente semelhantes, sem contudo ter*

<sup>29</sup> Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones, 1995, pp. 216/218.

<sup>30</sup> Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 141.

<sup>31</sup> Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 142.

<sup>32</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 411.

*por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que a questão sub judice, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão.*<sup>33</sup>

São, pois, pressupostos para a aplicação do raciocínio analógico, segundo observa Maria Helena Diniz:<sup>34</sup>

*1) que o caso sub judice não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso ou literal disposição legal não abrange a analogia; esta dilata a aplicação da lei a casos por ela não declarados e que, por identidade de razão devem submeter-se a ela. A analogia compara e, da semelhança, concluiu pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo, portanto, um processo mental. Se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.*

*2) que o caso não contemplado tenha como o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança;*

*3) que o elemento de identidade entre os casos não seja qualquer um, mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a norma não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica.*

Para melhor verificação do raciocínio analógico tomaremos como exemplo real um caso que teve trâmite na 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, autos do processo nº 227/93, que segue em brevíssima síntese.

A. A. S. F. ajuizou ação indenizatória para recebimento de seguro obrigatório em face da BRADESCO SEGUROS S.A, dizendo, em suma, que: 1. era esposa de E. L. C. F., falecido em razão de acidente de trânsito, conforme Boletim de Ocorrência e

---

<sup>33</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 411.

<sup>34</sup> *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 412.

respectiva certidão de óbito; 2. o acidente ocorreu no acesso da Avenida 23 de Maio, que teve como veículo causador da tragédia um VW Gol; 3. como legítima beneficiária, pleiteou a indenização do seguro obrigatório, mas sem sucesso, conforme carta-resposta.

A Bradesco Seguros S/A contestou a ação. Em preliminares aduziu: a) ilegitimidade de parte; b) indeferimento da inicial. No mérito, por outro lado, requereu a improcedência. O pedido da autora não foi atendido na fase administrativa, em virtude da não apresentação do comprovante do seguro obrigatório, ou seja, o DUT, o qual também não foi apresentado quando da propositura da ação. A cobertura somente existirá se o prêmio do seguro for pago dentro da vigência ânua que cobria o evento. Esclarece que Lei nº 8.441, de 13-7-92, mencionada pela autora, não está regulamentada e, por isso, foge totalmente ao princípio básico do seguro, uma vez que a cobertura existirá mediante o contrato de seguro entre as partes.

A sentença foi prolatada e julgado procedente o pedido, a despeito da não comprovação da existência de seguro obrigatório do carro causador do acidente, condenando-se a seguradora ao pagamento da indenização pleiteada.

Esses foram os fundamentos da sentença:

1. O pagamento da indenização, que no caso deve ser efetuado realmente à autora (cônjuge sobrevivente - art. 4º da Lei nº 6.194/74), é devido mediante a simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade (art. 5º da Lei nº 6.194/94);

2. A falta de seguro obrigatório pago pelo proprietário do veículo causador do dano é irrelevante e não afasta o direito à indenização;

3. O art. 7º do referido diploma legal, pretendendo abarcar todas as hipóteses, porquanto estava tratando do seguro obrigatório, estabeleceu ser devida também a indenização, por pessoa vitimada, mesmo em caso de morte causada por veículo não identificado, mediante pagamento por um Consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as seguradoras;

4. A omissão da lei em não tratar da circunstância de acidente ocasionado por veículo identificado, mas não segurado, deve ser suprida pela aplicação do método analógico.

5. Assim, se o caso semelhante (carro não identificado) impõe o dever de indenizar, o caso estudado deve ter a mesma solução, tanto é verdade que, posteriormente, editou-se norma específica para enquadrar circunstância desse jaez.

Da sentença analisada, verifica-se a utilização pura do raciocínio indutivo analógico. A norma disciplinava, na época, o pagamento da indenização apenas para as pessoas vitimadas pela ação de veículos não identificados; nada dizia, pois, sobre o pagamento em caso de veículo identificado, mas sem seguro.

Havia, à evidência, uma omissão, hoje não existe mais em face da alteração do diploma jurídico aplicável. Para solucioná-la, correta a utilização da norma prevista para caso análogo e semelhante. Assim, concluindo, todos os pressupostos para a aplicação analógica restaram cumpridos:<sup>35</sup> 1. o caso *sub judice* não estava previsto em norma jurídica; 2. o caso não contemplado tinha com o previsto uma relação de semelhança; 3. o elemento de identidade entre os casos era fundamental, tanto que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação que se usou para a comparação.

Há outros exemplos de analogia:

1. O art. 413, II, do Código Civil estabelece que não podem ser tutores *os que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos com obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este; e aqueles cujos pais, filhos, ou cônjuges tiverem demanda com o menor.* Nessa esteira, há decisões no sentido de que o devedor testador é, por analogia com o citado artigo, inapto para exercer a testamentária (AJ, 53/156; RT 131/569).<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, 412.

<sup>36</sup> Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 152.



2. O art. 640 do CC, que diz: 'O condômino, que administrar sem oposição dos outros, presume-se mandatário comum', foi estendido por aplicação analógica, ... , aos casos de usufruto de que são titulares cônjuges separados judicialmente; o que administrar, sem oposição do outro, presumir-se-á mandatário comum (RT 209/262).<sup>37</sup>

3. O art. 1666 do CC prescreve: *Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador*, foi aplicado, por analogia, aos casos de doações que são liberalidades (RF 128/498).<sup>38</sup>

## 2.1. ANALOGIA. MODALIDADES

Como vimos, a analogia é um processo de aplicação de um princípio jurídico estatuído para determinado fato a outro que, apesar de não ser igual, é semelhante ao previsto pelo legislador.

Há segundo a doutrina duas formas de analogia: *Analogia Legis* e *Analogia Juris*.<sup>39</sup> A primeira, quando tomamos uma norma existente, visando reger um caso semelhante, enquanto a segunda está fulcrada na extração de elementos de um conjunto de normas para aplicar ao caso não previsto, mas semelhante.

Alguns juristas, parece-me equivocadamente, identificam a analogia *juris* com os princípios gerais do direito. Negando veementemente essa identidade, observa 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.*

---

<sup>37</sup> Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 151.

<sup>38</sup> Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 151.

<sup>39</sup> Foi Grolmann que teve a prioridade da bipartição entre a analogia legal (Gesetzenalogie) e Jurídica (Recht-analogie), que logo foi adotada por Wachter, passando à rotina da doutrina jurídica" (cf. citou Maria Helena Diniz, *As Lacunas do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p.164.

*Bem palpáveis são as diferenças entre ambos: 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 o 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 arremata: *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 art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, se aplicariam antes do costume.*<sup>40</sup> Outros, ainda, entendem inexistir qualquer efeito prático nesta distinção. Nesse diapasão obtempera Binding que a analogia é uma só e, por isso, nada se perde em dispensar a classificação preconizada pela doutrina.<sup>41</sup> O fato é que, bem ou mal, mal ou bem, a classificação está aí e, desta forma, não se justifica dispensá-la em razão do efeito pragmático que apresenta.

Entretanto, é bom que se diga que *a autêntica analogia é a juris (não no sentido de princípio geral do direito), que é um procedimento universal dos países de direito civil codificado, em caso de silêncio da lei, como também nos de commlaw.*<sup>42</sup> De fato, segundo Machado Neto, esta diferenciação, importante em termos didáticos, é meramente acidental, porquanto não há pura semelhança de casos ou fatos, mas de conceituação jurídica (que envolve, portanto, a norma), nem pura analogia das disposições

---

<sup>40</sup> *Princípios Gerais do Direito*, 2ª ed., São Paulo, RT, p. 58, nota 110, pp. 143/211.

<sup>41</sup> *Handbuch des Strafrechts*, vol. 10, Leipzig, 1885, pp. 216/217, citado por Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao Estudo do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pp. 247/248

<sup>42</sup> Maria Helena Diniz, *As Lacunas no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 168.

*legislativas, porque a lei contém uma conceituação genérica de casos possíveis.*

Manifesta ou não, toda a aplicação analógica é analogia *juris*, pois, tal como toda aplicação o é, não de uma norma, mas do ordenamento jurídico inteiro, por mais aparentemente que se detenha na apuração da analogia das disposições normativas ou de fatos, jamais se poderá prescindir do conjunto da sistemática jurídica, que, como conceituação genérica da conduta compartilhada ou em interferência intersubjetiva, constitui a valoração positiva, onde irá buscar a necessária força de convicção do raciocínio analógico do magistrado, de maneira que a pura aparência lógica do processo analógico acaba por demonstrar a sua dependência de uma fundamental inspiração axiológica.<sup>43</sup>

### **3. CONCLUSÕES**

1. A norma contém uma generalidade, abarcando uma série de casos indefinidos.

2. A tarefa de passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato da vida, é do aplicador do direito.

3. Para aplicar o direito, primeiro fixa-se o verdadeiro sentido da norma e depois determina-se o seu alcance. Esse processo é denominado de hermenêutica ou interpretação.

4. A interpretação é sempre necessária.

5. Fixados o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, passa-se a aplicação do Direito. Interpretação e aplicação, portanto, são situações jurídicas distintas. Aquela precede a esta.

6. A aplicação do direito só pode ser feita pela adoção do raciocínio lógico: dedutivo (silogismo) e indutivo (generalizador e analógico).

7. Quando se interpreta a lei, podemos chegar à situação de lacuna.

---

<sup>43</sup> Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1973, pp. 225/226.

8. A lacuna é da lei e não do Direito.

9. O *non liquet* é proibido, por um critério político e ideológico do próprio legislador: nenhuma lesão de direito pode ser afastada do controle jurisdicional.

10. Havendo lacuna na lei, o Magistrado deve proceder à integração, aplicando, em regra o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidindo o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

11. A lacuna da lei preenchida pelo Magistrado na análise do caso concreto não desaparece. O desaparecimento da lacuna só ocorre por atuação do próprio Poder Legislativo.

12. O preenchimento da lacuna deve ser feito em cada caso.

13. Há hierarquia entre os métodos de integração do Direito.

14. A analogia sempre deve ser aplicada, em havendo lacuna, em primeiro lugar, partindo-se, ao depois, para os outros métodos integrativos, com a adoção da sistematização de cada ramo do Direito.

15. A fonte maior do Direito é a lei (não é a única). Assim, há de se verificar a existência de uma capacitação de expansão natural do ordenamento jurídico, fator que permite à norma disciplinar casos outros, aparentemente não previstos, solucionando o problema fático surgido.

16. A analogia é colocada como o primeiro patamar para integração por uma simples razão: há, na espécie, a identificação da vontade presumida do legislador. Quando se estende, pela aplicação do raciocínio indutivo, uma certa norma a um outro caso por esta não regulado, o aplicador do direito está se valendo ainda da vontade do legislador.

17. Na analogia estende-se do caso particular previsto ao caso correlato ou afim, aplicando-se o raciocínio lógico por similitude.

18. Para a aplicação analógica devem estar presentes três pressupostos distintos: a. o caso *sub judice* não pode estar previsto em norma jurídica; b. o caso *sub judice* não contemplado deve ter com o previsto uma relação de semelhança; com o elemento de identidade entre os casos deve ser fundamental, tanto que levou o

legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação determinante para a comparação.

19. Há duas modalidades de analogia: analogia *legis* e analogia *juris*.

20. A analogia *juris* não se confunde com os princípios gerais do Direito. A distinção entre analogia *juris e legis* tem efeitos meramente didáticos, pois, bem ou mal, mal ou bem, a analogia autêntica é a *juris*.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da Prova No Processo Penal*, Saraiva

BALEEIRO Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 10<sup>a</sup> ed, Forense.

BARBOSA, Ruy. *Plataforma*.

BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao Direito*, 3<sup>a</sup> ed., São Paulo, Letras & Letras, 1995.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil Comentado*, v. 1, 1916

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Forense, 1991.

BITTLE, Celestine. *In The Science Os Correct Thinking - Logic*, The Bruce Publishing Company, Sixth Printing, 1942.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, São Paulo, Ícones , 1995.

\_\_\_\_\_, *A Era dos Direitos*, 4<sup>a</sup> reimpressão, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco, *Lezione I*.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 2<sup>a</sup> ed., RT.

COMPARATO, Fábio Konder. *Jornal Editorial Juízes Para A Democracia*, Ano 4 n<sup>o</sup> 7.

COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1996.
- \_\_\_\_\_, Roteiro de Lógica Jurídica. 1ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1996.
- COELHO, L. Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Forense, 1979.
- CORRÊA, Walter Barbosa. *Fontes do Direito Tributário*, em *Curso de Direito Tributário*, Coordenado por Ives Gandra da Silva Martins.
- CHIOVENDA, Guiusepi, *Instituições de Direito Processual Civil*.
- DELVECHIO, *Coletânea Justiça*.
- DINIZ, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_, *As Lacunas no Direito*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Saraiva.
- DONATI. *Il Problema Delle Lacune Dell'Ordinamento Giurídico*, 1910.
- ENGISCH, KARL. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., Colouste Gulbenkian, Lisboa, 1964.
- FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1991 e 1996.
- \_\_\_\_\_, *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- FRANÇA, R. Limongi. *Princípios Gerais do Direito*, 2ª ed., São Paulo, RT.
- GOFREDO Telles Júnior. *Tratado da Consequência*, 2ª ed., José Bushatsky Editor, São Paulo, 1962.

- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal - Art. 10 - Forense*, 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1985 e 1987.
- LACHELIER, J. *Du Fondement de L'Induction*, Librairie Felix Alcan, Paris, 1924.
- LALANDE, André. *Las Teorias de La Inducción y de La Experimentación*, trad. de José Ferrater Mota, Editorial Losada S.A, Buenos Aires, 1944.
- LARENZ, KARL. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa 1969.
- LESSA, Pedro. *Estudos de Philosophia do Direito*, 1912.
- MACHADO Neto. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, RT, 1973.
- MARITAIN, Jacques. *Elementos de Filosofia 2, A Ordem Dos Conceitos, Lógica Menor*, Agir, 11ª ed.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Formação Jurídica - Cultura Jurídica*, RT.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos.
- MELO, José Eduardo Soares. *Interpretação e Integração da Legislação Tributária em Curso de Direito Tributário*, Coordenado por Ives Gandra da Silva Martins.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, 5ª ed. Atlas.
- MIRANDA, Pontes. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia de Direito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Introdução à Ciência do Direito*, 20ª e 23ª ed., São Paulo, RT, 1991 e 1995.

- NÓBREGA, Flósculo da. *Introdução ao Direito* – 3ª ed. Konfino, 1965.
- OLIVEIRA Yonne Dolacio. *A Tipicidade no Direito Tributário* – Tese, 1978.
- PINTO, Mário. *Elementos Básicos de Lógica*, 2ª ed., UCMG/FUMARC, 1983.
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*; Cultrix, 1993.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Fontes e Modelos do Direito*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Lições Preliminares de Direito*; Saraiva; 19ª ed., Revista 1991.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. I.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, São Paulo, RT, v. 1, 1968.
- SPINOLA, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código de Processo Civil Brasileiro*, Renovar 1995.
- TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. RT 690/267.
- TOMÁS de Aquino. *Súmula Theleológica*, I, Q. 79, A.8.CF. Q. 58, a. 3., In Maritain, Jaques, *Elementos de Filosofia II: A Ordem dos Conceitos; Lógica Menor*, 11ª ed., Agir, 1986.
- VON WRIGHT. *An Essay In Logic And The General Theory Of Action*, Amsterdam, 1968.
- WARAT, Luiz Antonio. *Introdução Geral ao Direito*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, v. 1, 1994.