

A ANALOGIA E O PRINCÍPIO DE INDIVIDUALIZAÇÃO EM MATÉRIA PENAL *

JOSE' SALGADO MARTINS
Catedrático de Direito Penal.

Tema dos mais difíceis é o que concerne ao papel da analogia na aplicação das normas que compõem o complexo jurídico-penal.

Diante da omissão da lei, pertinente à espécie concreta, o aplicador procura, guiado pelo raciocínio analógico, encontrar disposição disciplinadora de hipóteses semelhantes àquela espécie; e assim amplia o âmbito da norma, fazendo-a abranger o caso não previsto.

A analogia não é um simples processo de interpretação da lei, mas um processo de integração do sistema legal.

Parece-nos que assiste razão a LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA, (1), quando distingue: "A analogia sempre conduz a uma extensão da lei, distingue-se, porém, da interpretação extensiva, porque nesta, ainda que o intérprete se sirva do elemento sistemático, o caso está previsto pelo legislador, que teria empregado expressões inadequadas, enquanto que, na aplicação analógica, não foi pela lei contemplada a hipótese. Por isso — continua o eminente penalista espanhol — não se deve falar de interpretação analógica, ou melhor esta é cousa distinta da analogia, porque a interpretação é o descobrimento da vontade da lei em seus próprios textos, enquanto que com a analogia não se interpreta uma disposição legal, que em absoluto falta, mas, pelo contrário, se aplica ao caso concreto uma regra que disciplina um caso semelhante. Na interpretação extensiva falta a expressão literal,

* — Conferência proferida na sessão de encerramento do último Congresso Estadual do Ministério Público, reunido nesta Capital, nos primeiros dias do mês de junho de 1957.

(1) — *La Ley y el Delito*, Caracas, 1945, pág. 144, n. 84.

mas não falta a vontade da lei; na analogia falta também a vontade desta (2)”.

Nesse caso, quando se fala em aplicação analógica da lei, estamos a supor uma lacuna na lei que será preenchida pela extensão de dispositivos componentes do sistema, a casos que refugiram à previsão do legislador.

Para outros autores, (3) no entanto, a analogia é processo interpretativo, através do qual se procura extrair do núcleo mesmo da norma e como decorrência da razão que o informa, a regra que o legislador não quis ou não soube expressar.

Entre nós, o eminente Ministro NELSON HUNGRIA, (4) cuja contribuição ao Direito Penal brasileiro se destaca de maneira ímpar, entende que a analogia não é interpretação, mas criação ou formação de direito novo, isto é, aplicação extensiva da lei a casos de que esta não cogita. “E’ um processo integrativo, e não interpretativo da lei”. “Costuma-se distinguir entre analogia legal (*analogia legis*) e analogia jurídica (*analogia juris*), conforme seja seu ponto de partida um singular preceito de lei ou os princípios gerais (fundamentais) de direito; mas tal distinção é, de todo, indiferente ao Direito Penal, que repele, de modo geral (e não apenas no que concerne a incriminações ou sanções), ambas as formas de analogia”. E exemplifica o eminente mestre: “Tome-se, para exemplo de inextensibilidade por analogia, o artigo 198 do Código Penal, que incrimina, como atentado à liberdade de trabalho, o fato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho”, deixando de contemplar a hipótese de constrangimento para não celebrar dito contrato, apesar da completa identidade de razão para incluí-la no mesmo *praeceptum*”. “A hipótese omitida não pode ser enquadrada no referido artigo 198 (embora seja punível a outro título). Outro exemplo: tendo o Código omitido entre os *crimina falsi* a “guarda” de *estampilhas falsas*, não pode ser aplicado no caso, por paridade, o art. 289, § 1º, que incrimina a “guarda” de *moeda falsa*. Se o fato não representa, *in concreto*, co-autoria em crime de *falsificação de estampilhas*, ou *receptação*, ou *favorecimento real*, terá de ficar impune”.

A seguir, NELSON HUNGRIA, (5) coerente com a opinião expendida, distingue entre analogia e interpretação analógica que afirma ser permitida pela própria lei. Trata-se, aqui, diz o insigne jurista, de analogia *intra legem*, de que é exemplo, entre outros

(2) — Alude L. JIMÉNEZ DE ASÚA que a expressão interpretatio analogica remonta a JOAQUIM HOPPER, *De Juris Arte*, Lovaina, 1553. *Trat. de Derecho Penal*, B. Aires, 1950, tomo II, pág. 418.

(3) — NORBERTO BOBBIO, *L'Analogia e il Diritto Penale*, in *Rev. Pen.* 1938, I, pág. 526.

(4) — *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, vol. I, pág. 73.

(5) — *Op. cit.*, pág. 74.

muitos, a consentida na fórmula do *crime continuado* (art. 51, § 2º, do Cód. Penal), que, depois de mencionar as condições de “tempo, lugar, maneira de execução”, indiciárias da homogeneidade objetiva dos fatos sucessivos, acrescenta: “e outras semelhantes”. E’ óbvio que, no limite da semelhança referida à *casuística exemplificativa*, cabe ao juiz reconhecer as hipóteses não previstas individualmente”.

Já neste início de exposição do intrincado tema, queremos sublinhar as nossas divergências com o exímio penalista, deixando para fundamentá-las depois.

Para nós a denominada interpretação analógica é também uma forma de integração do sistema legal. O que ocorre é que o legislador, às vezes, foi intencionalmente omissivo, porque, atenta a complexidade das circunstâncias que se podem constituir imprevisivelmente, não quis descer aos excessos do casuismo, preferindo ficar numa fórmula genérica. Sabe êle muito bem que outras hipóteses poderão configurar-se na realidade da vida e deixou ao aplicador da lei penal o encargo de descobrir as relações que elas, por ventura, possam guardar com a previsão legal. (6)

Outra discrepância entre o nosso pensamento e o de NELSON HUNGRIA concerne à proscricção absoluta da analogia do campo penal.

Apenas bosquejados alguns aspectos fundamentais da temática da analogia, cabe agora situar o problema na doutrina.

A analogia se entrelaça íntima e profundamente com o problema da interpretação e com o problema das fontes do Direito Penal. (7)

Basta referir essas correlações para que se compreendam as dificuldades da matéria que deita raízes no vasto campo da filosofia jurídica.

Mas ainda a analogia apresenta profundas implicações com o princípio *nullum crimen sine lege*, o denominado princípio de reserva ou de legalidade do delito, cuja versátil fortuna política apresenta na história do direito penal um movimento verdadeiramente pendular.

Nos momentos de arbítrio e de opressão, quando as conveniências e as secretas razões de Estado não querem deter-se diante das liberdades fundamentais do homem, o princípio é negado, como ranço de velhas doutrinas incompatíveis com a vida criadora

(6) — G. MAGGIORE alude a lacunas intencionais e a lacunas involuntárias (*Dir. Penale*, Bolonha, 1951, tomo I, pág. 132).

(7) — ERNESTO ZITTELMANN, no ensaio publicado em 1902, sob o título *Lücken in Recht*, (As lacunas no Direito), compreendeu a transcendência da indagação, escrevendo: «Penetra-se com ela, sem dúvida alguma, no mais íntimo do campo jurídico: relações entre direito e juiz, entre lei e direito, entre coação e liberdade, entre direito positivo e direito natural». (*La Ciencia del Derecho*, editorial Losada, B. Aires, 1949, pág. 290).

do Direito. Mas, quando o bom senso volta a orientar as construções jurídicas perduráveis, o reconhecimento do princípio é o signo da própria normatividade penal, a cuja sombra a liberdade da pessoa é resguardada às incursões do autoritarismo estatal.

A história recente e a história atual atestam-no.

No Código penal soviético, o emprêgo da analogia, mesmo para incriminar, desconhece o princípio. E, no direito penal da Alemanha hitlerista, a lei é o que o Führer ordena, como proclamava SCHAFFSTEIN (8) do alto de sua cátedra em Leipzig. E na crônica do tribunal de Nüremberg existe a mácula de condenações em que se desprezou o princípio *nullum crimen sine lege*. Para a glória do Direito Penal democrático, o protesto de Donnedieu des Vabres foi alentadora advertência.

O princípio volta a ser proclamado, como o fôra pela Revolução Francesa, entre os direitos fundamentais do homem, pela Assembléia Geral das Nações Unidas (9).

Referindo-se à formulação atual do princípio *nullum crimen sine lege*, em brilhante ensaio, aparecido no seu recente livro *Fe en el Derecho* (10), o eminente penalista argentino SEBASTIÁN SOLER pergunta se é correto pressupor que na atualidade, em pleno século XX, o princípio *nullum crimen* deva ser formulado exatamente o mesmo como o fôra nos fins do século XVIII? Ou se não é possível acrescentar “un nuevo aporte enriquecedor del viejo principio”?

Pensa, então, SOLER que a doutrina do delito-tipo, formulada por BELING e desenvolvida por toda uma corrente de penalistas, na Alemanha e na Itália, e atualmente incorporada como doutrina pacífica ao Direito Penal até que outras concepções possam substituí-la, constitui, por assim dizer, o novo clima doutrinário dentro do qual o princípio assume perspectivas mais ricas. Explica SOLER: “A conduta de um sujeito apresenta sempre a forma de uma corrente sem soluções de continuidade; é o desdobramento exterior da personalidade no tempo. O delitual está dentro dessa corrente heraclideana, nesse pertétuo vir-a-ser, porém não pode ser definido como puro vir-a-ser, porque isso importaria a possibilidade de considerar delituoso qualquer momento ou a totalidade do momento, e o delito viria a ser, então, uma qualidade pessoal do sujeito e não uma simples ação”.

“Dentro da vida prática — e o direito pertence a êsse plano

(8) — O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* figura atualmente como direito fundamental, no art. 103 da Const. da Rep. Federal Alemã (V. estudo de ADOLFO SCHÖNKE, *Interpretazione, analogia e consuetudine nel diritto penale*, in Riv. Italiana di Dir. Penale, ano 1949, nº 5, pág. 511; HANS WELZEL, *Derecho Penal*, B. Aires, 1956, pág. 26.

(9) — Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XI, n. 2.

(10) — *Fe en el Derecho y outros ensayos (La formulacion actual del principio «no hay delito sin ley previa»)*, B. Aires, 1956, págs. 280, 282.

— mediante palavras efetuamos cortes, às vezes bastante arbitrários, no curso indiferenciado dêsse fluir. Seleccionamos algumas notas, as únicas que interessam para determinado fim, e com elas, somente com elas, constituimos um nome. Esse nome com o qual seleccionamos dados e segmentamos a conduta é o verbo, o nome da ação. Assim dizemos: João pinta, ainda que, na realidade, nesse mesmo momento, êle realize muitas outras cousas, algumas das quais são compreendidas pelo verbo, sem ser propriamente pintar: molhar os pinceis, preparar uma côr, situar um modelo, e outras cousas das quais nos desinteressamos, não obstante a sua apresentação simultânea: estar sentado, olhar, quedar-se, fumar, etc. Do mesmo modo quando João escreve ou quando rouba. Mediante o emprego de um verbo produzimos uma seleção de notas e criamos uma solução de continuidade. Se o delito é ação, toda figura delituosa deve encerrar-se num verbo. Neste sentido devemos dizer que o delito não é conduta, não é ação em geral, senão uma ação determinada. Tão acentuada é essa exigência de determinação que as figuras delituosas costumam não consistir simplesmente em um verbo: geralmente a própria ação enunciada pelo verbo está limitada por numerosos complementos. Um direito penal civilizado deve estar constituído, pois, por uma série limitada de definições cerradas de ação. Essa estrutura do direito penal nos permitiu — acrescenta SOLER — defini-lo como um sistema descontínuo de ilicitudes. O que molesta aos ditadores é, precisamente, essa descontinuidade, que marca limites ao seu poder”.

“Pôsto em relação o princípio *nullum crimen sine lege* com esta concepção — conclui o insigne mestre SOLER — aquêle adquire um significado mais rico, determinando uma exigência nova com respeito à lei anterior. A única exigência da lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres, deve ser concretamente definidora de uma ação, deve traçar uma figura encerrada em si mesma, em cuja virtude se conheça não somente qual é a conduta compreendida senão também qual é a não compreendida”. (11)

Considera-se a proibição da analogia um corolário do princípio *nullum crimen sine praevia lege penali*. Afirma-se, pois, que os sistemas jurídico-penais que acolhem o princípio de reserva, são sistemas fechados, onde não se podem supor brechas ou lacunas.

Eis aí o momento culminante na problemática da analogia.

Cumpra, então, distinguir. Há normas penais de três espécies: umas são as normas penais que definem o delito e criam

(11) — S. SOLER, op. cit., pág. 283.

o tipo específico a que deve corresponder determinada ação, tanto no seu momento subjetivo como objetivo. Ao lado das normas penais incriminadoras ou tipificadoras do delito, há as normas penais que se poderiam chamar de acessórias ou complementares. E há ainda uma terceira categoria de normas penais, sem o caráter de acessoriedade ou complementariedade: as normas que contemplam as causas que dirimem a culpabilidade ou excluem a injuridicidade da ação.

A proibição da analogia somente se refere às normas incriminadoras, pois estas são inextensíveis. Somente constitui delito a ação que corresponde exatamente ao esquema tipificador da norma. Mas, relativamente à aplicação das normas complementares ou das normas que isentam a culpabilidade ou a ilicitude, o processo analógico é perfeitamente legítimo, e funciona quer como revelação da própria vontade da lei, inadequadamente expressa nos dispositivos componentes do sistema, quer como integração das lacunas que o próprio sistema apresenta. (12)

Em qualquer sistema de direito positivo, seria possível exemplificar. Tomemos o nosso como ilustração do problema.

No Código de 40, a analogia *in bonam partem* é, sem dúvida, larga e legitimamente utilizável. Quando se trata de reconhecer, *ad instar* de uma causa legal de exclusão da injuridicidade ou da culpabilidade, causa não prevista em lei, mas que se lhe equipare, atento o reconhecimento da liceidade da ação, nos limites em que foi exercida, ou reconhecido o motivo ético-jurídico que a inspira, o emprêgo da analogia pode constituir um recurso lícito de aplicação ou integração da lei penal. Do mesmo modo, no tocante às causas de extinção da punibilidade ou às que outorgam condições beneficiadoras do agente.

(12) — A corrente prevalente na atual doutrina penal é no sentido do pensamento expresso no texto. Na moderna literatura penal estrangeira: A. SCHÖNKE, *Riv. Italiana di Diritto Penale*, ano 1949, n. 5, págs. 514-15; HANS WELZEL, *Derecho Penal*, tradução do alemão pelo dr. Fontán Balestra, B. Aires, 1956, pág. 28; G. MAGGIORE, *Dir. Penale*, Bolonha, 1951, tomo I, pág. 132; SILVIO RANIERI, *Man. di Diritto Penale*, Padova, 1952, vol. I, pág. 50; G. SABATINI, *Ist. di Dir. Penale*, Catania, 1946, vol. I, pág. 119; FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di Dir. Penale*, Milano, 1955, 3ª ed., pág. 66, n. 38, pág. 67, n. 39, pág. 68; F. GRISPIGNI, *Dir. Pen. Italiano*, Milano, 1950, vol. I, pág. 348; G. BETTIOL, *Diritto Penale*, Palermo, 1950, pág. 94-95; PIERRE BOUZAT, *Traité de Droit Penal*, Paris, 1951, pág. 66. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA se opõe a todo o gênero de aplicações analógicas, ainda que se amparem no critério da benignidade, *in bonam partem* ou na pretendida índole comum e não excepcional de certas disposições legais. «A nuestro juicio, las eximentes, atenuantes, etc., son leyes penales con igual título que las que definen tipos delictivos y establecen penas, y en cuanto al otro argumento, cabe oponer que el Derecho penal no puede denominarse conjunto de leyes excepcionales, sino Derecho común en su sentido amplio. Por tanto negamos que los preceptos de exención y atenuación que pertenecen a la esfera del Derecho penal, puedan ser objeto de procedimiento analógico». *Trat. de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950, tomo II, pág. 456.

Na analogia *intra legem*, em se tratando de normas não incriminadoras, pode haver a ampliação da regra legal aos casos análogos, mesmo *in malam partem*. A fórmula com que foram definidas as agravantes do artigo 44 n. II letras *d* e *e*, está a mostrar que o próprio legislador a ensejou.

Agrava a pena o fato de o agente ter cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou *outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*. Ou se o crime foi cometido mediante veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que podia resultar perigo comum. Ora, em tôdas essas hipóteses legais, o aplicador da lei penal deve valer-se da analogia para reconhecer circunstâncias não individualizadas pela lei, mas análogas às circunstâncias explicitamente previstas. (13)

Há a nosso ver outro exemplo ainda mais eloqüente, pelo relêvo que assume na nossa sistemática penal. E' o caso do artigo 42 que tão transcendente papel, como ainda veremos, desempenha no direito penal brasileiro. Ele também autoriza a aplicação analógica da lei. Quando o juiz, cumprindo a tarefa individualizadora da pena, atende à personalidade do agente, à sua vida progressa, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, o faz para reconhecer circunstâncias a favor ou contra o réu, circunstâncias que emergem da valoração do fato, em tôdas as dimensões a que aquêles elementos se reportam, ainda que não estejam definidas, como tais, pelo

Na literatura penal brasileira: COSTA E SILVA, *Comentários ao Código Penal*, S. Paulo, 1930, págs. 4-5, e *O princípio da legalidade e a analogia em matéria penal in Apêndice ao Código Penal*, tomo II, São Paulo, 1938; JOSE' DUARTE, in *Rev. Direito*, vols. VI, págs. 87-102, VII, págs. 70-87, VIII, págs. 79-119; DEMOSTHENES MADUREIRA DE PINHO, *A analogia em matéria penal* (cont. ao 1º Congresso Latino-americano de Criminologia), 1938; NARCÉLIO DE QUEIROZ, *Analogia em «bonam partem» e a lei de introdução ao Código Civil*, sep. de Arquivos do Minist. da Justiça, 1944; NOE' AZEVEDO, *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, S. Paulo, 1936; OSCAR STEVENSON, *Da Exclusão de Crime*, S. Paulo, 1941, pág. 90; JOSE' FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, S. Paulo, 1954, vol. I, pág. 170; ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Rio, 1956, tomo 1º, pág. 218-19. O eminente NELSON HUNGRIA entende que, fora do que ele chama interpretação analógica ou analogia *intra legem*, não cabe o emprêgo da analogia, ainda que a serviço do critério *favorabilia amplianda* (Op. cit., tomo I, págs. 75-78). Para ele interpretação analógica é coisa diversa da analogia. Por isso, embora repelindo o procedimento analógico, HUNGRIA aceita a analogia *intra legem* ou interpretação analógica. No nosso juízo, não cabe a sutileza da distinção. A analogia *intra legem*, isto é, aquela autorizada pela lei, quando sugere ao aplicador a extensibilidade do dispositivo penal, é uma forma de aplicação analógica, distinta da simples interpretação.

(13) — No brilhante acórdão da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado e que teve, como relator, o eminente Des. CARLOS THOMPSON FLÓRES, proferido no recurso-crime n. 2.274, de Bagé, ainda que não reconhecida, na espécie, a circunstância qualificativa da surpresa, dada a inexistência do elemento subjetivo, foi proclamada a possibilidade de seu jurídico reconhecimento, dentre as circunstâncias compreendidas pelo inciso IV, § 2º, artigo 121 (V. ac. in *Rev. Jurídica*, vol. 4, pág. 224-25).

Código. Ora, na revelação dessas circunstâncias, o juiz procede, conduzido por um critério analógico, porque êle, de algum modo, tem em vista as circunstâncias legais de agravação ou de atenuação, para revelar aquelas que se lhe equiparem nos mesmos efeitos. Não está adstrito, como ressalta do artigo 42, ao elenco legal. Mas as circunstâncias que êle explicita, no momento judicial da individualização da pena, hão de guardar certa analogia com as circunstâncias a que o legislador, no momento legislativo, conferiu os mesmos efeitos.

Em todos êsses casos, opera-se a integração do sistema legal, ainda que a analogia seja quase explicitamente autorizada pelo legislador. Ainda porque a distinção entre analogia e interpretação analógica ou analogia *intra legem* não muda os termos do problema. Na interpretação realiza-se, de algum modo, a integração do sistema legal. A lei não pode abranger tôda a riqueza infinita do real. Só o êrro positivista acreditou que a lei pudesse exaurir o direito, concebendo sistemas jurídicos completos.

Tratando da *Teoria Geral da Interpretação* (14), em livro notável, aparecido na Itália, em 1955, EMILIO BETTI (15) escreve: “Um mais atento exame do fenômeno histórico e sociológico induz a reconhecer que não se trata de plenitude do sistema, mas de coerência (a plenitude é uma meta ideal, jamais alcançada); não se trata igualmente de universalidade, como se pretende, mas de uma totalidade espiritual, na qual é ínsita uma virtualidade que excede e ultrapassa as manifestações singulares e coloca o intérprete sob a exigência de uma integração e de um ulterior desdobramento”.

A analogia é fonte do Direito penal, como o são, dentro de certos limites, o costume, (16) a equidade, os princípios gerais do direito.

A analogia serve ao princípio da individualização penal, em relação ao qual a equidade desempenha papel decisivo. E quando nos referimos ao princípio da individualização penal que a Constituição de 46, no § 29 do artigo 141, elevou à dignidade de direito fundamental da pessoa, não o compreendemos apenas como um princípio regulador da pena, tal como sempre tem sido entendido.

O princípio da individualização da pena, em sentido estrito, se refere à qualidade e quantidade da pena. Mas, *lato sensu*, é um princípio que comanda tôda a sistemática penal, informando não só a pena, mas também a teoria do delito.

A pena é tão só a consequência do delito. Não se pode

(14) — *Teoria Generale della Interpretazione*, Milano, 1955, dois tomos.

(15) — *Ob. cit.*, tomo II, pág. 864.

(16) — ADOLF SCHÖNKE, estudo cit. *in loc. cit.*, pág. 513.

individualizar a pena senão em função do delito. E, quando dizemos delito, estamos compreendendo, como é óbvio, o autor do delito. Dêste modo, é ao próprio delito, tanto em seu aspecto objetivo, como em seu aspecto subjetivo, que o princípio se refere.

Em nosso *Sistema de Direito Penal Brasileiro* (17) e sob a influência da teoria da tipicidade, escrevemos: “O delito está no mundo da cultura. O direito constitui um sistema de valores que se destinam a assegurar a realização do bem comum, concretizando, nas relações sociais, o valor supremo da justiça. O delito constitui justamente a negação de um valor. A norma penal que o protege, através da sanção, define o delito como a ação dotada de eficácia lesiva quanto ao valor a que o delito se opõe.

Assim, o problema se situa no plano das abstrações valoradoras e normativas. A noção jurídica do delito se opera na base de uma valoração social e, em função dessa estimativa do bem jurídico, edita-se a norma, destinada a garantir a sua intangibilidade.

O delito não é qualquer ação, nem a ação pura e simples, mas a ação definida, determinada, típica — a ação que se dirige contra um bem juridicamente tutelado pela norma penal. O delito que é definido pela norma penal, situa-se, como noção jurídica, no mundo dos seres ideais. A entidade concreta do delito é um reflexo de uma entidade ideal. O delito se realiza — concluíamos — na medida em que concretiza aquêle modelo ou arquetipo ideal”.

Não significam os conceitos expendidos sôbre a noção do delito a resultante de uma posição extremamente idealista e apriorista, no campo da ontologia e da teoria do conhecimento. A necessidade da abstração do delito na norma penal é um imperativo de segurança.

A teoria em tôrno do delito-tipo necessita, contudo, sofrer o contraste do princípio de individualização.

Há na teoria da tipicidade uma categoria apriorista que necessita sofrer a relativização do concreto e do individual.

Deve operar-se uma tensão recíproca entre a abstração da lei e a concreção do real. Os elementos do delito devem realizar formas específicas de injuridicidade e de culpabilidade, segundo o tipo descrito na lei penal, mas a injuridicidade e a culpabilidade inserem-se na ação concreta do agente. Assim o seu sentido pleno somente poderá ser alcançado através da valoração de múltiplos fatores: a personalidade do agente, o motivo, as circunstâncias, o complexo psíquico-situacional que o determina e explica.

E' ao atendimento dessas exigências de concreção que o princípio serve.

(17) — *Op. cit.*, Rio, 1957, pág. 162.

A individualização se realiza desde a fase legislativa, quando as diversas figuras delituosas são determinadas e definidas através de uma captação que o legislador opera sobre o fluir da realidade humana e social.

Depois são as circunstâncias modalizadoras do fato delituoso. As agravantes e as atenuantes servem ao princípio individualizador, não somente com reflexos sobre a pena, mas sobre o próprio delito. E, por último, nos sistemas como o acolhido pelo diploma penal brasileiro, a individualização culmina quando o juiz tem a faculdade de atender e conferir relevância a elementos peculiares a cada fato concreto.

A fixação da pena no direito brasileiro pressupõe um trabalho preliminar de valoração integral do fato. Todas as perspectivas objetivas e subjetivas que ele comporta, são apreciadas e interpretadas pelo juiz. A ação e o seu finalismo, a injuricidade, a culpabilidade são fixadas não só em função da tipicidade: esta representa o crivo através do qual o juiz faz passar o fato em sua palpante realidade e em toda a riqueza de sua concreção individual.

O esquema da tipificação não deve ser um leito de Procusto.

Há algo que sempre escapa à previsão do legislador.

MIGUEL REALE, (18) o eminente professor de Filosofia do Direito da Faculdade de São Paulo, ainda recentemente, entre nós, advertiu da Crise do Normativismo Jurídico e da Exigência de uma Normatividade Concreta.

“Na concepção do normativismo abstrato, a validade da regra é *per se stante*, de maneira que, por mera inferência lógica, a ela devem se conformar dadas realidades particulares: a norma como tal é o termo lógico conclusivo de um processo em si mesmo cerrado e logicamente imutável, até e enquanto outro enunciado lógico não o venha substituir, pela via normativa da revogação formal. Emanada a norma e enquanto esta se mantém em vigência, o que pode ocorrer são fatos e experiências axiológicas correspondentes ou não ao esquema previsto: a juridicidade ou não decorrerá, por isto, do ajuste ou do desajuste entre o evento concreto e o enunciado da regra *in abstracto*.”

Em uma concepção de “normativismo concreto”, ao contrário, exatamente porque a mesma não é uma simples estrutura lógico-formal, ou um modelo, mas prevê e envolve necessariamente o momento futuro de uma ação concreta do homem, é necessário distinguir:

(18) — Conferência proferida pelo prof. Reale, na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, em maio de 1957. V. ainda sua Filosofia do Direito, S. Paulo, 1957, vol. I, tomo II, págs. 510-41.

1º — entre o “juízo-lógico”, (o suporte ideal mediante o qual se expressa algo) e o valor expresso pelo juízo: suporte lógico e valor formam, em seu conjunto unitário, a norma jurídica, que, desse modo, não pode ser reduzida a um de seus dois elementos componentes;

2º — entre a validade da norma jurídica, examinada em si mesma — como, digamos assim, um anel destacado de uma corrente, ou conta desligada do rosário — e a sua validade inserida no complexo do sistema ou do ordenamento”.

Essa tensão entre a realidade e a norma realça a importância da interpretação, a riqueza da analogia, a necessidade do princípio individualizador.

O Direito Penal é, consoante a lição de SOLER, um sistema descontínuo de ilicitudes. Deve constituir um sistema comandado pelo princípio de reserva, no que tange à matéria de incriminações e sanções. Mas, disciplina profundamente humana e social de quantas mais o sejam, o direito penal é eminentemente permeável a todas as exigências valorativas que o clima cultural e espiritual de cada época erige e compõe. A noção do delito não é insensível aos imperativos dessa normatividade concreta. Se variam os critérios estimativos quanto aos valores que o delito ofende, como não variar também a própria noção do delito e os elementos que a compõem?

O princípio de reserva é uma garantia contra o arbítrio do Estado.

E', ao mesmo tempo, uma garantia política e um princípio jurídico.

A doutrina da tipicidade o enriqueceu. A concepção de um normativismo concreto a que aludem as modernas correntes da filosofia jurídica, limita a ortodoxia com que ele foi formulado, para se opor às épocas de opressão e de obscurantismo.

SOLER (19) salienta o sentido oposto em que se movem em sua moderna evolução os conceitos de contrato e de delito. Na teoria clássica, fundada no princípio *nullum crimen sine lege*, o conceito do delito deve construir-se como típico, porque não há nenhum delito genérico que desempenhe a função de comum denominador delitual: há tantos delitos como tipos. Exatamente, ao revés do que ocorre com a teoria do contrato, na qual o contrato inominado cumpre aquela função legalizadora dos convênios atípicos, não há delito inominado. E assim explica o fenômeno:

(19) — Op. cit., págs. 40-42.

Trata-se de uma manifestação do crescimento do Estado. O direito contratual regula fundamentalmente a atividade dos cidadãos, e, por isso, verifica-se a tendência a restringi-la; a lei penal, com a criação de figuras delituosas, regula a atividade punitiva do Estado. Em consequência tende-se a ampliá-la, a despojá-la de entraves, a conferir-lhe mais livre jôgo.

O princípio de reserva deve continuar a proibir a analogia incriminadora. Feita esta restrição, garantidora da liberdade e da dignidade da pessoa, a analogia constitui fonte do direito penal e, associada à equidade, constitui norma individualizadora, descobrindo as relações entre a abstração da lei e a concreção variável e específica do real.

ECONOMIA DIRIGIDA E DIREITO COMERCIAL*

HERNANI ESTRELLA

Catedrático de Direito Comercial.

1. — A economia liberal no Brasil. 2. — O comércio exterior brasileiro. 3. — O mercado de consumo interno. 4. — As idéias de livre iniciativa e livre empresa na contextura do nosso direito comercial. 5. — Valorização artificial. 6. — Crescente intervencionismo econômico. 7. — Produção e circulação controladas. 8. — Estado empresário e competidor privilegiado. 9. — Intervenção corretiva ou supletiva e não supressiva. 10. — Inaptidão congênita do poder público para ser empresário. 11. — Posição do direito comercial face à economia dirigida. 12. — Comercialização do direito público. 13. — Submissão do Estado comerciante ao império do direito comercial.

1. — O Brasil se fez independente e viveu a maior parte de sua existência, sob o signo da chamada economia liberal. No largo período de mais de um século, que vai da Independência ao fim da primeira República, ou, mais precisamente, da Constituição de 1824 à de 1891, abrogada pelo golpe de estado de 1930, foram completamente livres em nosso país tôdas as atividades econômicas. Exceção feita da navegação de cabotagem, reservada aos nacionais por motivos óbvios e salvo, também, medidas de caráter aduaneiro, tendentes a estimular a indústria incipiente e propiciar renda ao tesouro, a posição do Estado era de vigilância e tutela.

Tôdas as formas de produção eram franqueadas, indistintamente, a nacionais e estrangeiros. O capital alienígena podia entrar livremente no país, aqui aplicar-se a qualquer gênero de in-

(*) Aula inaugural do curso jurídico na Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Universidade do Rio Grande do Sul, abril de 1954.