

Lembramos que a função da analogia NÃO é interpretativa, tão somente INTEGRATIVA. Ela não é usada num contexto de lei obscura ou incerta que se busca esclarecer, mas sim quando há AUSÊNCIA DE LEI que discipline especificamente uma situação, ou seja, a analogia é um processo que busca cobrir uma lacuna legal a partir de uma lei já existente para casos semelhantes.

- “In bonan partem”: em benefício do réu. É permitida, excepcionalmente.
- “In malan partem”: em prejuízo do réu. É proibida, no Direito Penal.

Proibição da analogia “in malan partem”

Os Estados Democráticos de Direito não podem conviver com diplomas legais que, de alguma forma, violem o princípio da reserva legal. Assim sendo, não se admite a analogia in malam partem, isto é, para prejudicar o réu.

Exemplo: proibição da construção do tipo penal de assédio moral, por semelhança à situação do assédio sexual, previsto no art. 216-A.

Há uma pequena confusão na compreensão entre o princípio da reserva legal e o princípio da legalidade. Neste sentido, o professor José Afonso da Silva, de forma sintética, leciona a diferença dos dois princípios constitucionais:

A despeito do que afirma parcela minoritária da doutrina, a melhor técnica difere o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, uma vez que o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.).

O princípio da reserva legal, no direito penal, busca dar uma segurança jurídica na aplicação da lei penal, uma vez que ninguém poderá ser julgado por crime se a lei expressamente não o definir como crime, pois isso colocaria em xeque a segurança jurídica dos cidadãos e daria margem a autoritarismos desregrados.

Autorização do uso da analogia in bonan partem

Diferente da anterior, a analogia in bonan partem não contraria o princípio da reserva legal, o que vai de encontro ao art. 4º da LINDB. Assim, é permitida a sua aplicação em relação às normas penais não incriminadoras, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator.

Leis penais incriminadoras (em sentido estrito) versus Leis penais não incriminadoras (em sentido amplo)

- Lei penal incriminadora (sentido estrito): é a que define os tipos penais e comina nas respectivas sanções. No Código Penal, as leis penais incriminadoras começam a partir do art. 121.
- Lei penal NÃO incriminadora (sentido amplo): Podem ser subdivididas em:
 1. explicativas (também chamadas de “complementares”, buscam esclarecer o conteúdo de outras normas ou fornecem princípios gerais de aplicação das penas. Por exemplo, conceito de reincidência no art. 63 do CP, de casa no art. 150, §4º, entre outros); e
 2. permissivas (são as que não consideram como ilícitos ou isentam de pena o autor de fatos que, em tese, são tipos. Exemplo: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, do art. 23, I, II e III do Código Penal, dentre outros).

Retomando a explicação do uso da analogia in bonan partem, aplicada em casos excepcionais. Por exemplo: pode-se aceitar a aplicação do termo “instigar” para compor o tipo penal do art. 218 do CP; a exclusão da pena nos casos de aborto que se pratica em mulher vítima de atentado violento ao pudor, que engravidou pela prática do ato delituoso; etc.

Cumpre destacar que, até mesmo a analogia para favorecer o réu, deve ser reservada para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é regra, e não exceção. O emprego da analogia colocaria em risco a segurança jurídica idealizada pelo direito penal, sendo que o juiz deverá buscar aplicar a lei no caso concreto para buscar eficiência nas instituições.