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, legitima 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.