

A EFICÁCIA INTRÍNSECA DA LEI PENAL

Pelo Prof. Doutor ABEL DE ANDRADE

A lei penal representa a manifestação da vontade do Estado relativamente aos crimes e às penas, mediante os órgãos instituídos na Constituição política; é a declaração dos actos puníveis e das respectivas penas. É a expressão do direito penal sob o ponto de vista objectivo.

Desde que se atribui ao Estado a função de punir, não pode deixar de reconhecer-se a necessidade duma lei penal. Podemos repetir com Rossi, que «a necessidade de uma lei penal positiva e publicada é uma das máximas fundamentais do direito social, uma das bases da liberdade civil e política». Reinaria o arbítrio, não existiria a paz, nem a tranquilidade dos cidadãos, se fosse possível considerar crimes os actos do homem, e aplicar-lhes quaisquer penas, conforme aprouvesse ao critério do juiz ou ao do soberano, sem a respectiva declaração solene e prévia mediante a lei penal. Por isso mesmo que a lei penal é a mais elevada e sintética expressão da ordem jurídica e constitui um eficaz instrumento de tutela, essa lei, de preferência a qualquer outra, deve ser clara e precisamente formulada. Não pode haver violação do ordenado ou proibido se não existir o preceito.

Mas a lei penal não é apenas garantia da liberdade dos que não delinquem. Da lei penal deriva o direito subjectivo de o Estado fazer a repressão dos crimes, em cada um dos casos ocorrentes, conforme o conteúdo da própria lei penal; por isso a lei penal é, simultâneamente, origem e medida do direito subjectivo

de o Estado fazer a repressão. Sob este último aspecto a lei penal é também tutela do próprio delinquente enquanto estabelece o direito do delinquente a ser punido não diversamente do estabelecido na lei penal. Assim, em última análise, a lei penal apresenta-se como fonte do direito subjectivo do Estado à repressão do delicto cometido e do direito subjectivo do autor do delicto a sofrer a repressão, não além da medida, e não diversamente do modo fixado na lei.

I

Considerada a lei penal na sua eficácia intrínseca, dela resultam as seguintes regras fundamentais ou princípios gerais:

a) — Não pode considerar-se crime um facto senão por expressa declaração da lei: não há crime sem lei: *nullum crimen sine lege, nullum crimen sine praevia lege poenali*. Este conceito encontra-se claramente formulado no nosso Código Penal, nos arts. 1.º, 5.º e 15.º. «Crime é o facto voluntário declarado punível pela lei penal» (art. 1.º); «nenhum facto pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal» (art. 5.º); «não são crimes os actos que não são qualificados como tais por este Código» (art. 15.º).

Nos últimos tempos, Beling, para exprimir este conceito fundamental, mas simples, de que nenhum acto é crime se não for qualificado como tal na lei, excogitou a teoria do *Tatbestandsmassigkeit* do acto. *Tatbestand* é, em última análise, o conceito do crime descrito na lei, e, portanto, só pode ser crime o acto que corresponder a um *Tatbestand* fixamente formulado: *Kein Verbrechen ohne Tatbestand* «nenhum crime sem *Tatbestand*». Sob a sanção penal não caem senão tipos de crimes juridicamente e positivamente formulados. Nestes termos, pode denominar-se crime somente o acto, que corresponder a um conteúdo (*Tatbestand*) compreendido no número fechado, e insusceptível de qualquer extensão, da Parte Especial do Código Penal, isto é, o acto típico, conforme ao *Tatbestand*. A *Typizität* ou *Tatbestandsmassigkeit* consiste na conformidade do facto com a hipótese

delituosa visada na Parte Especial do Direito Penal. É o requisito conceitual do crime. Mais tarde voltaremos a esta doutrina que teve adversários na própria Alemanha.

b) — Não pode aplicar-se a pena, que não seja cominada por lei, e nela indicada: *nullum crimen sine poena legali, nulla poena sine lege*. Do mesmo modo se encontra este conceito no Código Penal, arts. 84.º e 85.º: «Não poderá ser aplicada pena alguma que não seja decretada na lei» (art. 84.º); «nenhuma pena poderá ser substituída por outra, salvo nos casos em que a lei o autorizar» (art. 85.º).

c) — Não pode aplicar-se qualquer pena senão em seguida a um crime; o crime é o presuposto necessário da pena: *nulla poena sine crimine*. Toda a economia do nosso Código Penal assenta nesta base.

d) — A lei penal não pode ser aplicada senão mediante os órgãos e os magistrados para esse fim instituídos por lei, e que, além disso, possuam também o exercício da jurisdição penal. Consequentemente, a organização da jurisdição penal não pode estabelecer-se ou modificar-se senão por lei; ninguém pode ser subtraído aos seus juizes naturais e não é lícito criar tribunais especiais ou comissões extraordinárias: *Nemo iudex sine lege*. Diz a Constituição Política da República Portuguesa, de 1933, art. 8.º: «Constituem direitos e garantias individuais dos cidadãos portugueses: Não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare puníveis o acto ou omissão».

e) — A lei penal não pode aplicar-se senão mediante as formas processuais estabelecidas na lei; por outras palavras: o direito penal material não pode realizar-se senão por meio do direito penal processual. Assim, ninguém pode ser punido senão em seguida a um julgamento regular e legal. O Estado não pode exercer o seu direito de repressão, senão pelas formas estabelecidas na lei: — *nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

A necessidade de fixar na lei os delitos e as penas foi especialmente afirmada pelos filósofos reformadores: «Só as leis podem fixar a pena dos crimes e esse direito não pode pertencer senão ao legislador como representando toda a sociedade unida pelo contrato social» (Becaria). Este princípio foi violado especial-

mente em Roma, durante o Império, com a admissão da vasta categoria dos *crimina extraordinaria*.

Diz a Constituição Política da República Portuguesa, art. 8.º n.º 9: «Não ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior». O Código Penal vigente dispõe no art. 1.º: «Crime ou delicto é o facto voluntário declarado punível pela lei penal», e no art. 5.º: «Nenhum facto, ou consista em acção ou em omissão, pode julgar-se criminoso, sem que uma lei anterior o qualifique como tal» (Código Penal, arts. 18.º, 73.º 84.º e 85.º).

Que deve entender-se por lei penal ou lei anterior (Constituição Política da República, art. 8.º, n.º 9; Código Penal, art. 5.º) ? Esta designação compreende :

1) — O Código Penal de 1886 (Código Penal, art. 15.º).

2) — A legislação especial que, nas matérias não reguladas por esse Código, qualifica de crimes certos actos (Código cit., art. 15.º, § único, n.º 1). Por ex. ; as leis sobre emigração clandestina (Lei de 23 de Abril de 1896, decretos de 3 de Julho de 1896 e de 27 de Setembro de 1901), — os diplomas sobre viação pública aprovados pelas Câmaras Municipais nos termos dos antigos Códigos Administrativos de 1896, art. 52.º, n.º 12, 56.º, n.º 5, de 1913, art. 94.º, n.º 32, da lei n.º 88, de 7 de Agosto de 1913, art. 94.º, n.º 32, art. 104.º, n.º 1; — as leis de liberdade de imprensa (decreto-lei de 10 de Outubro de 1910; decreto-lei de 28 de Outubro de 1910; Lei de 28 de Outubro de 1910; Lei de 9 de Julho de 1912; decreto n.º 2.270, de 12 de Março de 1918; Lei n.º 495, de 28 de Março de 1916; decreto n.º 2.308, de 31 de Março de 1918; decreto n.º 11.839, de 5 de Julho de 1926; decreto n.º 12.008, de 2 de Agosto de 1926); — sobre a segurança dos cabos submarinos (Lei de 21 de Abril de 1886), — sobre marinha mercante (Código Penal e Disciplinar da marinha mercante portuguesa, de 4 de Julho de 1864, com as alterações aprovadas pelo decreto n.º 12.249, de 2 de Setembro de 1926), — sobre publicações pornográficas ou redigidas em linguagem despejada ou provocadora (decreto de 22 de Outubro de 1910).

3) — A legislação especial referida em matérias reguladas pelo Código Penal, que qualificou de crimes certos actos. Por ex., o Código Penal, no art. 15.º, refere-se aos crimes militares que

define no art. 16.º: «são os crimes que a lei militar qualifica e manda punir como violação do dever militar sendo cometidos por militares, ou por outras pessoas pertencentes ao exército ou marinha». Os diplomas a que se refere o Código Penal com a designação de lei militar, são o Código de Justiça Militar, aprovado pelo decreto n.º 11.292, de 26 de Novembro de 1925, que foi posto em vigor nas províncias ultramarinas e no distrito autónomo de Timor com algumas alterações pelo decreto n.º 12.393, de 29 de Setembro de 1926, e o Código da Armada, de 1 de Setembro de 1899, Liv. I, com as disposições correspondentes do Regulamento de 11 de Agosto de 1900, alteradas pelo decreto-lei de 16 de Março de 1911, que aprovou o Código de Processo Criminal Militar (Código de 1911, arts. 2.º e 7.º) e este, ainda, modificado por leis de 6 de Maio, de 8 de Maio e n.º 19, de 8 de Julho de 1913, e para as Províncias Ultramarinas pelo decreto n.º 731, de 4 de Agosto de 1914.

O Código Penal, nos arts. 246.º a 252, pune a violação das leis e regulamentos sobre inhumações, a violação dos tumulos e os crimes contra a saúde pública.

Assim, no art. 246.º, pune o enterramento de qualquer indivíduo em contravenção das leis ou regulamentos quanto ao tempo, lugar e mais formalidade prescritas sobre inhumações. Sobre essas leis e regulamentos, conf. Dr. Coelho da Silva, Manual de Direito Paroquial, 1904, págs. 164 e segs., que refere as leis sobre inhumações, exumações e trasladações de cadáveres.

No art. 248.º pune aquele que expuzer à venda, vender ou subministrar substâncias venenosas ou abortivas, sem legítima autorização e sem as formalidades exigidas pelos respectivos regulamentos.

E, no art. 252.º, manda observar as disposições especiais dos regulamentos sanitários em todos os casos não declarados no Cap. VI, em que se verificar a violação desses regulamentos (Conf. Regulamento de 24 de Dezembro de 1901, sobre serviços de saúde e beneficência).

O mesmo Código Penal, nos arts. 279 a 281, define contrabando e descaminho, e, no art. 281, manda aplicar as disposições das leis especiais (decretos de 29 de Julho de 1886 e n.º 2 de 27 de Setembro de 1894).

4) — As leis e regulamentos administrativos e de polícia que decretam as penas das contravenções das suas disposições, em vigor ao tempo da publicação do Código Penal, a que o mesmo Código, nos arts. 484.º e segs., reconhece inteira observância, no que não foi por ele especialmente alterado.

5) — Os regulamentos administrativos e de polícia geral ou municipal, ou rural, e posturas das câmaras, contanto que as penas neles enunciadas não excedam as indicadas no art. 486.º do Código Penal (prisão até um mês, multa até 300\$00, como dispõe a Lei n.º 1.647, de 11 de Agosto de 1924) excepto havendo lei especial.

Convém notar que a expressão *lei penal* ou *lei anterior* designa não só qualquer diploma legal especial que tenha por exclusivo ou principal fim a repressão dos delitos, mas também a disposição de lei que previne um delito e comina uma pena, embora faça parte do corpo de lei que tenha fim diverso do magistério punitivo.

II

Das noções apresentadas resulta que a lei é a única fonte de direito penal. E, assim, no campo do direito penal, o costume não é fonte de direito, não pode criar o direito (*consuetudo*), nem pode derogar o direito (*desuetudo*). O costume apenas é importante como *optima legum interpretis*, e, como tal, encontra a sua mais saliente manifestação na jurisprudência. Outro subsídio de interpretação pode encontrar-se também na *opinio doctorum*, quando em verdade for lícito afirmar que uma determinada norma constitui *comunis opinio*.

III

Se quisermos analisar o conteúdo moderno da lei penal, encontramos sempre dois elementos essenciais: a norma (*praeceptum legis*), e a sanção penal (*sanctio legis*). A norma é necessariamente o presuposto da sanção penal, pois que a pena aplica-se

sempre em seguida à infracção de uma norma de conduta legislativamente disciplinada. O conteúdo da norma é um preceito de fazer (ordem) ou de não fazer (proibição).

Diversamente se apresenta na lei penal a *fórmula da norma*, que é garantida pela sanção penal. Assim :

a) — Muitas vezes o preceito está implícito na fórmula da sanção, e a norma deduz-se indirectamente da própria sanção. Assim (*preceito de não fazer*), o Código, na matéria da tutela da vida e de integridade pessoal, em vez de consignar a proibição de matar ou de ferir, que seria a norma, define o homicídio (Código Penal, art. 349.º) e a ofensa corporal (Código Penal, art. 359.º), e determina as respectivas consequências penais; nestes dois artigos está implícita a norma de conduta, a que se refere a sanção do homicídio e da lesão. Um exemplo de *preceito de fazer*, indirectamente deduzido da própria sanção, encontra-se no art. 188.º do Código Penal. O Código, em vez de consignar o preceito de a testemunha, directamente intimada, ser obrigada a comparecer no tribunal, define o crime de desobediência qualificada (art. 188.º e 189.º) e determina as respectivas consequências penais; nestes dois artigos está implícita a norma de conduta a que se refere a sanção.

b) — Outras vezes, mas poucas, a mesma lei contém a norma e a sanção. Por ex., o Código de Processo Penal, no art. 185.º, contém a norma (*preceito de fazer*): «todo o perito, que for convenientemente notificado para qualquer exame, deverá comparecer no dia, hora e local designados», e a sanção: «sob pena de incorrer na sanção do art. 91.º». E o art. 91.º do mesmo Código de Processo Penal diz: «Toda a pessoa devidamente notificada ou avisada que não comparecer no dia, hora e local designados, nem justificar a falta nesse acto, incorrerá na multa de 100\$00 a 1.000\$00, que lhe será desde logo aplicada no respectivo auto».

c) — Por vezes a norma está enunciada em uma lei, e a sanção encontra-se escrita em lei diversa, que pode ser anterior ou posterior.

d) — Não raro acontece estabelecer-se uma sanção penal para a infracção de normas em parte já publicadas, e que de futuro venham a publicar-se; a estas leis penais chamam os juricon-

sultos alemães *leis penais em branco*, e às respectivas sanções *sanções cegas ou abertas*, designação esta que, pela primeira vez, foi posta em circulação por Binding. Assim se consideram aquelas disposições penais que o legislador, por vezes, estabelece contra a violação de normas já emanadas ou que devem emanar de outro poder (distrital ou municipal), ou administrativo em sentido restrito. É uma lei penal em branco a disposição do art. 486.º do Código Penal que prèviamente limita ao máximo de um mês de prisão e de 300\$00 de multa a pena das contravenções dos Regulamentos administrativos e de polícia geral ou municipal ou rural, ou das posturas das câmaras: e a respectiva sanção é uma *sanção cega ou aberta*. Do mesmo modo é uma lei penal em branco a disposição do art. 246.º do Código Penal, que pune o enterramento de qualquer indivíduo em contravenção das leis ou regulamentos quanto ao tempo, lugar e mais formalidades prescritas sobre inhumações, com prisão correccional; e a respectiva sanção é uma sanção cega ou aberta (Conf. Binding, Lammersch, Neumann). Vid. Brusa, *Prolegomeni*, n.º 50, págs. 330 e 331.

Seja qual for a forma adoptada, na base da lei penal está sempre a norma de conduta.

IV

Relativamente ao modo de formular a sanção penal, a lei pode apresentar três aspectos diversos:

a) — Pode ser a sanção penal determinada absolutamente na lei penal, isto é, a lei penal fixa a espécie e a medida da pena, de maneira que ao juiz apenas compete a simples aplicação da lei em cada caso concreto.

b) — Pode ser a sanção penal determinada relativamente na lei penal, isto é, a lei penal fixa a qualidade da pena e estabelece o máximo e o mínimo dentro do qual o juiz pode escolher a pena ao aplicar a lei em cada caso concreto. Por vezes o juiz pode também escolher, entre as diversas espécies de penas indicadas na lei penal, e aplicar ou não certas restrições de liberdade que são consequências penais.

c) — Por último, a lei penal pode ser absolutamente indeterminada, isto é, a lei declara punível um acto, mas deixa ao juiz a liberdade de fixar e aplicar a pena, que a lei não indica, nem na espécie, nem (menos ainda) em quantidade. No Congresso Penitenciário de Roma votou-se que o juiz não devia ter outra limitação na sua função além da fixação legal do máximo da pena; e, em 1894, Martineau apresentou à Câmara Francesa um Projecto de lei que attribuía ao Código Penal a simples função de enumerar os actos criminosos, mas sem as penas respectivas.

Não são admissíveis, nem o primeiro, nem o terceiro sistema. O primeiro substitui o juiz pelo legislador, e converte o juiz em instrumento cego e material do legislador; o terceiro substitui o legislador pelo juiz e escancara a porta ao arbítrio do juiz, infringindo o sagrado princípio, baluarte da liberdade, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

É unicamente admissível o segundo sistema, em que se inspiram todas as leis penais dos povos civilizados. E tudo faz prever que tal sistema se desenvolverá sucessivamente. Todos os estudos modernos sobre o delinquente e sobre o delito concordam em demonstrar a necessidade que o juiz tem de analisar e apreciar as múltiplas e diversas circunstâncias que aparecem à volta do facto *sub judice*. E, por isso, impõe-se a consequência lógica e inevitável de que a lei penal deve ser, quanto possível, elástica, flexível, — de que essa lei deve conter, não detalhes minuciosos, mas fórmulas gerais e sintéticas, princípios fundamentais, dentro dos quais a apreciação do juiz possa mover-se à vontade, sem prisões excessivas. Parece-nos que as aspirações da ciência moderna sobre este assunto concordam com o método que resulta da evolução da lei penal quanto ao modo de formular a sanção. Nas primeiras leis, e nos códigos menos recentes, encontramos abundantíssima cópia de disposições que muito se entretêm com particularidades mínimas; os melhores códigos e os mais modernos encerram, ao contrário, poucas disposições e de alcance o mais geral possível.

No segundo sistema se inspirou, em regra, o nosso Código Penal (arts. 88.º e 93.º). E ainda, nesta orientação de confiar ao juiz uma latitude prudente na aplicação das penas, de harmo-

nia com as omnímodas circunstâncias do crime, foram publicadas diversas providências. Por exemplo: a lei de 6 de Julho de 1893, regulada por Portaria de 22 de Julho de 1893 e decreto de 16 de Novembro de 1893, sobre a concessão da liberdade provisória e condicional aos condenados, — o decreto n.º 1, de 15 de Setembro de 1893, art. 22.º, que, de harmonia com a orientação do art. 94.º do Código Penal, permite aos juizes substituir penas mais graves por penas menos graves, e a lei de 20 de Julho de 1912, que permite ao Ministro da Justiça fazer terminar as penas impostas nos termos dos arts. 1.º e 6.º dessa lei, sob parecer fundamentado do Conselho Disciplinar do estabelecimento em que o condenado cumpre a pena imposta. E a doutrina procura levar mais longe ainda os corolários de semelhante orientação com o sistema das penas paralelas, já adoptado no Código Holandês.

V

Muito se têm preocupado os juristas com o problema das regras segundo as quais deve interpretar-se a lei penal (Schupfer, Romano). Como critério geral, pode dizer-se que se applicam nesta matéria as mesmas normas de interpretação das outras leis. Na tradição escolástica existem algumas distinções bem conhecidas.

Quanto à *fonte de que emana ou aos meios de que se serve*, a interpretação divide-se em :

- a) — *gramatical* (ou *filológica*),
- b) — *lógica* (ou *filosófica*), que Fiore denomina *ideológica*,
- c) — e *histórica*.

Quanto ao juízo que manifesta, em *declaratória, extensiva e restritiva*.

Quanto ao *sujeito da interpretação*, em *doutrinal, judicial e autêntica*.

Não é este o lugar próprio para definir estas espécies de interpretação; é função de outras ciências jurídicas. Apenas insistimos

em que seria erro grave julgar que a interpretação gramatical, lógica e histórica se excluem; a verdade é precisamente o contrário. Se a interpretação da lei penal como expressão da vontade do legislador, consiste no processo que nos leva a conhecer o conteúdo da lei penal, devem contribuir harmónicamente para esse fim o significado literal das palavras, os motivos que determinaram o legislador (por isso são importantes os trabalhos preparatórios da lei penal), a derivação histórica da disposição legal que pretende interpretar-se, e, finalmente, o espírito do sistema jurídico geral a que essa disposição pertence.

Em matéria penal é singularmente importante a distinção entre interpretação extensiva e restritiva. Esta distinção supõe uma discordância entre o que o legislador queria expor e o que efectivamente expôs, entre o pensamento legislativo e a sua expressão (Vid. Savigny). Se prevalece o pensamento do legislador, passando-se além da letra da lei, a interpretação é extensiva; se prevalece o significado literal da expressão, não se ultrapassando a disposição literal, a interpretação é restritiva. É doutrina geralmente admitida que, em matéria penal, não se admite a interpretação extensiva, prevalecendo sempre a interpretação restritiva. Mas essa doutrina não pode admitir-se sem quaisquer reservas, pois que, também para reconstruir o pensamento do legislador em matéria penal, são instrumentos idóneos a investigação sobre o motivo da lei e o significado literal do texto. Lammasch não exclue por completo a interpretação extensiva.

Do mesmo modo é comumente admitido o antigo princípio secular de que, na dúvida, deve preferir-se a interpretação mais favorável ao imputado: *in dubiis benignius interpretandum, in dubio mitius, in dubio pro reo*. Mas a escola criminal positiva levanta por vezes a sua voz contra os frequentes exageros práticos de tais aforismas.

Beccaria e os seus sequazes, com reacção contra o arbítrio dos juizes que de facto se substituíram ao legislador, propugnaram a interpretação literal, caindo em exageros que os tempos justificavam.

VI

O ponto mais importante desta matéria refere-se à aplicação da lei penal por *analogia* especialmente confundida com a *interpretação*, da qual se inventou uma espécie chamada precisamente *interpretação por analogia ou analógica*. Mas, agora, não se trata de descobrir o sentido de uma lei, mas, apenas, de examinar se é lícito aplicar a lei penal a casos não expressamente visados nessa mesma lei, — se é lícito preencher as lacunas de uma lei aplicando as normas de casos afins legislativamente regulados. A analogia tem por objecto precisamente as lacunas da lei e representa o processo lógico de preenchê-las. Esse método é admitido sem contestação nas matérias não penais. Diz o Código Civil, art. 16.º: *Se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, etc.*

Poderá adoptar-se esse método em matéria penal? Será possível preencher as lacunas de uma lei penal aplicando a norma e a sanção relativas a um caso afim legislativamente regulado?

Convém fazer a distinção entre a *analogia legal (analogia de lei)* e a *analogia jurídica (analogia de direito)* que, enunciada pela primeira vez por Grolman, foi desenvolvida por Wachter, e pertence hoje ao domínio comum dos juristas.

A analogia é *legal* quando de certas disposições expressas na lei, se deduzem normas que, embora nela não estejam enunciadas, se consideram na mesma lei compreendidas. Nesta analogia, a norma, que deve aplicar-se ao caso omissio, deduz-se da disposição legislativa que regula nos casos afins, partindo-se do princípio de que existe identidade de razão e de que o legislador pela sua vontade assim o quis.

A analogia é *jurídica*, quando a norma para o caso omissio se deduz do espírito e do sistema do direito positivo considerado no seu conjunto, isto é, dos princípios gerais que resultam do direito penal objectivo. Em resumo, segundo esta espécie de analogia, entende-se que os casos, não prevenidos na lei, devem ser compreendidos entre os prevenidos, — e que o legislador não os preveniu, embora os devesse ter prevenido. Não deve confundir-se a analogia com a *interpretação extensiva*.

A analogia foi admitida em Roma sob o Império: a esse tempo podia punir-se *ad exemplum legis*; foi sancionada na Carolina (arts. 104.º e 105.º). Modernamente reconheceram a analogia legal alguns Códigos Penais da Germania, por exemplo: o Código de Saxe de 1855, o Código de Brunswick e o Código de Wurtemberg (1839).

Dizia o citado Código de Saxe, art. 1.º: «O Código de Saxe é aplicável aos actos que são ameaçados de pena pelas *palavras* ou pelo *sentido* das suas disposições».

Dizia o Rescripto que acompanhava o Código Penal de Wurtemberg (1839): «Segundo o sentido e as palavras do art. 1.º entende-se por completo excluída a analogia, de maneira que é proibido aos tribunais considerar puníveis, por igualdade de razão, os actos que não estão indicados como tais no Código Penal. Semelhantemente, as circunstâncias agravantes, que a lei não considerou nos crimes especiais, enquanto delas dependem certas consequências legais, não se estendem por analogia aos outros casos. *Ao contrário, não só é permitido ao juiz, mas até é obrigado, a suprir os casos omissos do Código com as disposições mais afins do mesmo Código*, isto é, com a denominada *analogia legal* (Wachter, *Dell'analogia*, cit., pág. 67).

Mas, em geral, todos os Códigos modernos que reconhecem o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sancionam a proibição da analogia (Código Penal Austríaco, Pat. Imp., art. 4.º; Código Penal Francês, art. 4.º; Código Germano, § 2.º pr.; Código Holandês, art. 3.º; Código Russo, art. 1.º; Código Penal Tosc., art. 2.º; Código Penal Sard., art. 3.º). Dizia o Código Penal Austríaco, Pat. Imp., art. 4.º: «Como crime e delito ou contravenção poderá ser tratado e punido, conforme preceito do presente Código, e desde o dia da sua vigência, *sòmente o que no mesmo Código for declarado crime, delito ou contravenção*.

Nesta mesma orientação dispõe o Código Penal Português, art. 18.º: «Não é admissível a analogia ou indução por paridade ou maioria de razão, para qualificar qualquer facto como crime; sendo sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso, que a lei penal expressamente declarar». (Conf. arts. 1.º, 5.º e 15.º).

Como já dissemos, é corrente nos escritores e nos Códigos modernos a proibição de aplicar por analogia a lei penal. Mas essa proibição não deve tomar-se à letra. Quanto à declaração dos crimes e das penas, essa proibição deve ser completa e absoluta; não pode ter outra exegese o art. 18.º do Código Penal, e a nossa jurisprudência está cheia de Acórdãos dos tribunais superiores sustentando teses como estas: «não é admissível analogia ou indução por paridade ou maioria de razão para qualificar qualquer facto como crime»; «é sempre necessário que se verifiquem os elementos essencialmente constitutivos do facto criminoso que a lei expressamente declarar»; «os tribunais criminais não podem ampliar as disposições das leis penais a casos nelas não compreendidos expressamente» (Luiz Osório, Notas ao Código Penal Português, Coimbra, 1917, pág. 53). Mas outras lacunas, que eventualmente se encontrem em diversos capítulos das leis penais, e que não se refiram à prefixação das infracções e das penas, podem ser preenchidas dentro do sistema dessas leis. O direito penal constitui um todo orgânico, e o seu espírito, que resulta do sistema objectivamente considerado, pode ser um subsídio útil para interpretar e aplicar a lei penal.

Nesta mesma orientação se encontra Brusa. Pertencem-lhe estas palavras: «Neste sentido não hesitamos em dizer que as lacunas do nosso direito positivo, enquanto pune, não podem ser preenchidas pelos princípios gerais, os quais, ao contrário, servem para as outras disposições legais contidas na lei penal. Do mesmo modo não preenchem essas lacunas os direitos positivos anteriores e abolidos, nem os dos outros Estados, embora exista afinidade entre o nosso direito vigente e os desses Estados».

Doutrina contrária, mas insustentável, seguia Agostinho do Bem Ferreira, o nosso apaixonado advogado do século XVIII, no *Comentário ao Tit. Digest. de Regulis juris*, 1740, dizendo: «Mas, havendo identidade de razão, semelhança, ou sendo a razão expressa, basta e se toma por *compreensão* e não por *extensão*». Comentava o Dr. Seco: «A doutrina corre parelhas com a sofística». Dr. Seco, Código Penal, pág. 10.

Lilienthal reputa admissível a analogia legal, e inadmissível a analogia jurídica.

Ferri enuncia para a interpretação um critério de índole pes-

soal. Segundo esse critério, «o juiz deve interpretar docemente a lei, aduzindo uma *ratio legis* mais ou menos insubsistente, quando está em presença de delinquentes de ocasião ou passionais, e deve interpretá-la *ad litteram* quando tem de aplicá-la a delinquentes natos, loucos ou habituais (Ferri, na *Scuola Pos.*, tom. III, págs. 138 e segs. Conf. Albano, na *Scuola Pos.*, tom. III, págs. 145 e segs., Ferri, na *Scuola Pos.*, tom. III, pág. 110, Lessona, na *Scuola Pos.*, tom. III, pág. 313).

Mas esse critério, que pode ser útil em caso de dúvida sobre as provas e a verdade do imputado, parece-nos inaplicável quando se tratar de verdadeira e própria interpretação da lei, pois que a lei é objectiva, e a ela é por completo estranha a pessoa do imputado. Parece-nos absurdo interpretar a mesma lei de um ou de outro modo conforme a personalidade do imputado. Em conclusão: não é aceitável o critério de Ferri.

Apreciação semelhante nos merece a doutrina do Dr. Henriques da Silva, ao sustentar que na lei penal é admissível a analogia quando se tratar de beneficiar o criminoso. (Dr. Henriques da Silva, *Lições na Cadeira de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*).

Abel de Andrade