

Alguns aspectos da Lei n.º 6.416/77

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

— I —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 46 —

Parágrafo único — Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, em boa hora, reviu o instituto da reincidência. Cancelou a distinção entre a reincidência genérica e específica, com o que, por consequência, foi revogado o disposto no art. 47, I, do Código Penal, que fixava a pena aplicada acima da metade da soma do mínimo com o máximo da cominação legal. Além disso, a exemplo do Código Penal de 1969, estabeleceu limite temporal entre as infrações penais para a projeção dos respectivos efeitos. Assim, estatui o art. 46, parágrafo único:

“Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.”

Essa norma enseja várias considerações; de início, evidencia-se a manutenção, embora mitigada, de presunção de periculosidade. O texto reformulador do Código Penal, talvez por não desejar promover reforma estrutural, sobre manter a reincidência na categoria das circunstâncias agravantes (embora nada diga quanto ao fato delituoso, mas ao perfil do agente, e os *accidentalia delicti* sejam restritos às características do fato), preferiu reafirmar, para esse efeito, relevância à condenação anterior, limitada, porém, até cinco anos do cumprimento da pena ou da extinção da punibilidade.

A este aspecto volta-se nossa atenção.

A interpretação só é válida se feita em termos sistemáticos; sem essa envergadura, as conclusões tendem à imperfeição, deixando de atribuir à norma

a sua verdadeira posição, isto é, parte de um todo, que não se esgota num dos setores da dogmática jurídica.

A Constituição — e costuma-se repetir PELEGRINO ROSSI — é a *tête de chapitre*; efetivamente, não se pode olvidar a Carta Fundamental, sob pena de conclusões apressadas e impróprias.

A Constituição brasileira estatui, como princípio, a igualdade de todos perante a lei; situa-se, por isso, como orientação também do Direito Penal. Dessa forma, a lei ordinária não pode estabelecer distinção de tratamento; caso contrário, a Carta Política seria letra morta.

Cumpré, porém, fixar antes, com exatidão, o princípio da isonomia, que floresceu em 1689, na Inglaterra; avultou, em 1776, nas Colônias Americanas e se consolidou em 1789, na França. No Brasil, tornou-se tradição desde as bases da Constituição Política da Monarquia, repetindo-se na Constituição Imperial e na República. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU, em 1948, em Paris, inseriu-a em seu contexto (art. 7º).

O Direito implica a existência de relação intersubjetiva, cujo complexo de direitos e obrigações, em virtude do princípio da igualdade jurídica, deve ser o mesmo quaisquer que sejam os sujeitos do respectivo vínculo. Por sua vez, toda relação jurídica decorre de um fato também jurídico, eis que, não sendo fenômeno relevante para o Direito, não vincula pessoas nesse setor ético. Conseqüentemente, a isonomia está intimamente relacionada com o fato ou suposto jurídico. E o chamado fato histórico, acentue-se, só ingressa no âmbito do Direito quando mostrar-se juridicamente significativo, ou seja, produzir efeitos dessa natureza. Por isso, do mesmo fato natural resultará nenhum, um, ou pluralidade de significados jurídicos, desde que o Direito lhe confira mais de um tratamento, fazendo nascer, é lógico, tantas situações quantos forem os tratamentos jurídicos. Assim, o fato — chuva — poderá ser irrelevante, ou, ao contrário, significativo, se, por exemplo, a lei estatuir que o Estado financiará a recuperação das lavouras destruídas pela intempérie. Evidentemente, apenas os agricultores que hajam sofrido prejuízos, conforme previsão da norma, terão direito à percepção do benefício. O auxílio, pois, a uma parcela dos agricultores não transgredir o princípio da igualdade porque a relação jurídica — Estado/Agricultor — surge apenas com quem o fato mencionado houver ocasionado danos materiais. Aos demais proprietários rurais não é válido invocar o mesmo tratamento, eis que o suposto jurídico, não lhes socorrendo, não forma o referido liame jurídico.

O disposto no parágrafo único do art. 46, como toda legislação ordinária, não pode discordar dos parâmetros constitucionais e, por isso, é vedado estabelecer tratamento diverso para relações jurídicas que se formam em razão do mesmo fato.

A reincidência, conforme definição legal, no tocante ao delito, se caracteriza quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Pois bem, o fato — reincidência — ocorrerá com a superveniência do segundo crime, constitutivo do suposto jurídico daquele instituto. Por razões de política criminal, entretanto, o legislador de 1977, como fizera o Código Penal de 1969

(art. 57, § 1º) registra uma exceção, retirando esse efeito se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

O fato — reincidência — insista-se, no Código Penal, é uno, e confere o mesmo tratamento ao agente que realizar o modelo transcrito; a exceção, contudo, submete os agentes à duplicidade de pressupostos, isto é, que hajam cumprido a pena ou por outra causa aconteça a extinção da punibilidade. Em se tomando tais referências, ocorrem períodos diferentes para configurar a hipótese, com o que a lei passa a ser mais rigorosa num dos casos.

A isonomia não se restringe ao âmbito constitucional; também setorialmente ela é significativa; por isso, deve ser acentuada a igualdade penal, dado que nesse ramo do Direito há princípios e normas fundamentais próprios, que, logicamente, atuam como balizas intransponíveis.

O particular de o texto haver estabelecido distinções para configurar a fluência do referido período de cinco anos, isto é, estabelecido pressupostos diferentes, não contrasta com a Constituição, dado ser permitido realçar pluralidade de supostos jurídicos, ainda que seja para alcançar o mesmo resultado. Todavia, no âmbito do Direito Penal também opera a isonomia, aqui, sem a envergadura do Direito Constitucional, porém, restrita à sua área, onde também a desigualdade é vedada.

Pela Lei nº 6.416/77, na passagem referida, enquanto uma pessoa é beneficiada com a hipótese mais favorável, outra deverá arrostar o efeito rigoroso. Pense-se neste caso: dois indivíduos são condenados a um ano de detenção; o primeiro, beneficiado com a suspensão condicional de execução de pena, por dois anos; o segundo, por revelar periculosidade, não é contemplado com o *sursis*. Resultado: quem demonstrou inadaptação ao convívio social começará a contar o prazo constante do parágrafo único do art. 46 após um ano, ao passo que o primeiro, sem indício de que retornaria à senda criminoso, deverá esperar dois anos para obter o mesmo direito.

Essa desigualdade, ademais, afronta a justiça distributiva, e sendo o Direito processo histórico-cultural de realização do valor — Justiça — será contraditória a sua encampação jurídica. Isso avulta no Direito Penal, cujas sanções constituem fundamentalmente censura ao agente, sendo inconcebível entre delinqüente perigoso e delinqüente não perigoso, a lei ser mais favorável ao que recebe maior reprovabilidade.

A rejeição da norma por inconstitucionalidade, ou contradição entre leis da mesma hierarquia, só deve ser assinada quando impossível a conciliação. No caso em deslinde, as duas hipóteses são harmonizáveis, se os supostos jurídicos ensejarem o mesmo efeito. E tal acontecerá se conferir-se a ambos as mesmas conseqüências.

No exemplo aventado, a fim de evitar-se a incongruência sublinhada, o prazo deverá ser computado, se o *sursis* não for revogado, a partir do dia em que o condenado tivesse cumprido a pena, se não fosse suspensa a execução. Com isso, realiza-se a igualdade jurídica, não só por exigência da Carta Magna, como ainda em decorrência dos princípios reitores do Direito Penal.

Conclusão — Na hipótese de extinção da punibilidade mencionada no art. 46, parágrafo único, do Código Penal (redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) computar-se-á o prazo a partir do dia em que o condenado tivesse cumprido a pena, se não fosse suspensa a execução.

— II —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 108 — Extingue-se a punibilidade:

.....
IX — pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;

A interpretação da norma do art. 108, IX, do Código Penal, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, tem ensejado divergência.

O dispositivo legal originou-se da Emenda nº 26 do Senador Henrique de La Rocque, cuja justificação narra desejar reimplantar a Súmula nº 388, revogada em 1976, que assim dispunha:

“O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal, e a ação penal só pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e preempção.”

O Parecer nº 43, de 1977, da Comissão Mista, sugerira nova redação e formulara a subemenda, *in verbis*:

“Art. 108 —

VIII — pelo casamento do agente com a ofendida, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial; exceto nos casos de violência real ou grave ameaça, pelo casamento da ofendida com terceiro, se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.”

A extinção da punibilidade dos crimes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial, estará excluída somente porque cometidos com violência ou grave ameaça? Dever-se-á acrescentar o desinteresse da ofendida, não requerendo o prosseguimento da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração? Ou ainda, não incidirá o benefício se ela, no referido período, solicitar o prosseguimento do processo, mesmo que aquelas infrações não sejam praticadas com a *vis physica*, ou a *vis compulsiva*?

A solução deve ser conjugada com a busca da natureza jurídica da norma, e de sua finalidade.

A Teoria Geral do Direito Penal evidencia que as normas penais não são meramente sancionatórias, definidoras de ilícitos e sanções; encontram-se, ao seu lado, inúmeras outras, entre as quais, as normas limitativas de preceitos penais, porque, como afirma CAVALLO (*Diritto Penale*, Jovene 1955, 2º vol., pág. 460) “limitano l’applicazione delle norme incriminatrici”. Entre estas, arrolem-se as que condicionam ou extinguem a punibilidade, dada a excepcionalidade que exprimem. Efetivamente, enquanto a punibilidade é a regra, a sua extinção é excepcional, sempre ditada por razões de política criminal. A motivação, por sua vez intimamente ligada à finalidade, entremostra, sem sombra de dúvida, a adesão do Estado a um valor, que seria sacrificado se efetivado o rigor penal, aplicando-se a sanção. As hipóteses de *indulgentia principis* visam à pacificação social, ou proclamam a desnecessidade da prevenção especial. A *abolitio criminis* atende ao direito de liberdade, que não pode continuar restringido com a revisão legislativa, deixando de considerar crime o que era até então. A prescrição, a decadência ou a perempção exercem o mesmo papel, considerando o tempo transcorrido a partir do fato delituoso, ou a instauração da ação penal. Na retratação, e este é o último exemplo, entre o desenrolar do processo, com o estrépito social decorrente, e a imediata reparação da honra do ofendido, o Estado renuncia ao *jus puniendi*, a fim de favorecer o interesse individual. Nessa linha se coloca a norma do inciso IX do art. 108 do Código Penal. Conseqüentemente, sua interpretação não pode ser desvinculada desses parâmetros.

Antes de tudo, ressalte-se, a finalidade da norma se dirige a preservar interesse da ofendida e fortalecer a família por ela constituída com quem não seja o seu ofensor.

A violência — física ou moral — em si mesma não é óbice, na sistemática do Código, à concessão do benefício. Note-se, o inciso VIII do mesmo art. 108, repristinado no inciso IX, autoriza a extinção da punibilidade se cometido qualquer dos crimes definidos nos Capítulos I, II e III, do Título VI, da Parte Especial, em cujo rol a violência física ou a grave ameaça comparece na estrutura da ação delituosa, de que são ilustração o estupro (art. 213) e o atentado violento ao pudor (art. 214), não se olvidando a presunção de violência, definida no art. 224, ou seja, se a vítima não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância, ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Em outras palavras, ainda que a violência ou a grave ameaça seja elemento constitutivo da infração penal, o Estado, na hipótese, consente a extinção da punibilidade.

O inciso IX, contudo, apresenta a particularidade de o matrimônio haver sido contraído com terceiro. Este, ao contrário do ofensor, não “reparou o mal”. Evidencia-se distinção de situações; por isso, a equiparação não pode restringir-se ao sentido literal do texto; urge buscar-se o significado social da lei, realçando-se também os ângulos axiológico e teleológico.

A interpretação histórica, embora não vinculante, é sempre útil, e muitas vezes indispensável a revelar o conteúdo da norma, como no caso em análise.

A Súmula revogada condicionava a extinção da punibilidade ao desejo da ofendida; a Emenda nº 26 estatuiu que o casamento com terceiro conduzia

ao mesmo resultado, salvo se o crime fosse executado mediante violência real ou grave ameaça; a subemenda, por sua vez, ampliava o inciso VIII, condicionando à vontade da vítima a ocorrência da causa extintiva, excetuados os casos de violência, ou grave ameaça. E o texto legal distingue o crime cometido com violência, ou grave ameaça, do delito sem constrangimento físico, ou moral.

O Estado tem interesse em punir o delinqüente, em virtude do perigo que a conduta representa para a estabilidade social; avulta esse interesse quando o agente, com violência física, ou moral, realiza o comportamento delituoso, denotando maior indisciplina social. A periculosidade do sedutor não se iguala à do estuprador, nem o rapto que alcança seu intento, com agressões, se compara a quem obtém o assentimento da raptada. Do ponto de vista social, tais ações são qualificadas distintamente. No âmbito valorativo, a censurabilidade é mais intensa num caso que no outro. Por isso, a finalidade da lei deve conjugar o interesse social (preservar a disciplina coletiva) e o interesse da ofendida (com particular atenção a nível de família). O Direito não pode ser incentivo aos estupradores de noivas, que, com o casamento destas, ficarão à margem de qualquer incômodo penal. Ademais, o interesse coletivo, na hipótese, deve sobrepassar ao individual da vítima. Todavia, se essa é a regra geral, se não ocorrer violência, ou grave ameaça, e, por isso, o perigo social é menos significativo, comparece a exceção, remetendo a lei à livre deliberação da vítima o prosseguimento do processo.

Registre-se, pois: o casamento com terceiro, por si só, não é causa de extinção da punibilidade.

Esta conclusão é abonada por MAGALHÃES NORONHA (*Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1978, 1º vol., pág. 430):

“Desta forma, mantida a regra do inciso VIII do art. 108, foi introduzida uma nova figura no Código pela Lei nº 6.416, qual seja, a do casamento da ofendida com terceiro. Frise-se que o *subsequens matrimonium* com terceiro não extingue a punibilidade, nos casos de estupro, de atentado violento ao pudor e de rapto violento, pois que delitos cometidos com violência ou grave ameaça. Ocorre o inverso com a posse sexual mediante fraude, a sedução, a corrupção de menores e o rapto mediante fraude ou consensual.”

Não se olvide, por derradeiro, o parecer da Comissão Mista, no tocante à Emenda nº 26:

“A Emenda nº 26, do Senador Henrique de La Rocque, deve ser aceita. Convém, entretanto, condicionar-se à vontade da vítima a ocorrência desta causa extintiva.”

Conclusão — Na hipótese do disposto no art. 108, IX, do Código Penal (Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) só ocorre a extinção da punibilidade, pelo casamento da ofendida com terceiro, se o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, e ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração do matrimônio.

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 110 -

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

O conceito de infração penal sempre constituiu preocupação dos escritores; a caracterização de sua estrutura básica, até hoje, não reuniu a unanimidade dos penalistas. A literatura informa duas posições divergentes, cuja análise é imprescindível. Além disso, conforme opção doutrinária, evidenciam-se os efeitos práticos; atualmente, ganha terreno a posição de que a Teoria Geral do Direito Penal (sem dúvida, não desvinculada da Teoria Geral do Direito) é a matriz de qualquer especulação, inclusive da interpretação do texto legal. O teórico está perdendo a imagem de pessoa desligada da realidade; ao contrário, a experiência jurídica está intimamente relacionada com as pesquisas dos princípios e normas fundamentais e com a natureza jurídica dos vários institutos. Somente com essa visão global, ter-se-á a integralidade do sistema.

Nessa linha de raciocínio, é lógico, não só oportuno, mas indispensável se faz indagar a substância do ilícito penal.

O ilícito *in genere* é a conduta juridicamente proibida. A ilicitude, por seu turno, a relação do comportamento humano com o vedado pelo Direito. Ela, por isso, é una, vale dizer, tem as mesmas características em qualquer setor jurídico. No enunciado do juízo disjuntivo de KELSEN, crime corresponde à não-prestação, decorrendo, então, o dever-ser-sanção.

Os autores que concebem a infração penal — conduta típica, antijurídica e culpável, raciocinam que o delito se circunscreve ao preceito da norma e, por isso, a sanção é mera consequência.

De outro lado, há escritores em posição diferente, acrescentando à conduta a qualificação punível.

A primeira corrente é majoritária, notadamente por influência do tecnicismo italiano, originário de ROCCO, que marcou sua presença na formação intelectual dos penalistas até a 2ª Guerra Mundial. Nesta quadra, arrolem-se ANTOLISEI, SÓLER, BETTIOL, HUNGRIA, ROBERTO LYRA, JOSÉ FREDERICO MARQUES.

A segunda corrente labora raciocínio diverso, como fazem, exemplificativamente, BATALINI e BASILEU GARCIA.

O autor italiano definiu: "fato humano descrito no tipo legal e cometido com culpa, ao qual é aplicável a pena" (*Direito Penal*, ed. Saraiva, pág. 116).

Com efeito, se desprezarmos a sanção como elemento do crime, não se distinguirá o ilícito penal do ilícito civil, do ilícito trabalhista e assim por diante, porque, em comum, apresentam o contraste com o juridicamente consentido. As notas distintivas são de nível dogmático, resultantes das características de cada sede jurídica, e constantes dos efeitos que elas atribuem à conduta vedada. No Direito Civil, avulta a reparação do dano, no Direito Administrativo, a moralidade de pública administração, ao passo que no Direito Penal há, antes de tudo, censura ao agente do delito.

A doutrina elenca várias teorias tentando um conceito ontológico de infração penal; todavia, todos esses esforços fracassaram; esbarram com obstáculo insuperável, isto é, a impossibilidade. Daí, todas as legislações optarem por um critério formal, dicotômico (Itália, Brasil), ou tricotômico (França, Bélgica, Japão), porém, tomando sempre como referência a pena cominada.

E assim acontece porque a infração é um *ilícito qualificado*, ou seja, além da oposição ao consentido pelo Direito, acrescenta um *plus*, sem o qual não se integraliza, consistente em sanção específica; ainda que haja congêneres sinônimas em outros setores, como no caso da multa, mantém cada uma sua individualidade, tanto pela teleologia, como pelos pressupostos de sua aplicação.

A Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), com a rubrica lateral "conceito de crime e contravenção", estatui:

"Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente."

A infração penal situa-se em dois planos: a *fattispecie legale*, em nível normativo, comina a sanção; a *fattispecie in concreto*, projetando-se no campo da experiência jurídica, revela a aplicação da pena, que por imperativo constitucional é sempre individualizada.

Em consequência, não há ilícito penal sem pena cominada (plano normativo), ou sem pena aplicável (plano fático). E mais, juridicamente, desaparece a infração, se for suprimida a cominação, ou cancelada a aplicação da pena. A descrição e o fato perdem o atributo penal.

Em face desta conclusão, *data venia*, cumpre fixar os efeitos da prescrição.

No sistema do Código Penal brasileiro, cumpre distinguir os critérios de incidência:

- a) antes de transitar em julgado, a sentença final é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (art. 109) — prescrição *in abstracto*;

b) depois de transitar em julgado, a sentença condenatória, para acusação, é calculada sobre a pena concretizada, com efeito *ex tunc* (art. 110 e §§) – prescrição *in concreto*;

c) depois de transitar em julgado para as partes a sentença condenatória, para ambas com efeitos *ex nunc* (art. 112) é calculada sobre a pena definitiva – prescrição após condenação irrecorrível.

Em outras palavras, na hipótese *a*, não há condenação porque não aplicada a pena; na hipótese *b*, a conclusão é a mesma, eis que aplicada a pena quando já cessara o direito de punir e, na hipótese *c*, ter-se-á condenação, ainda que não seja executada a pena.

Tais considerações impõem concluir que a inexistência de pena *in concreto* não conduz, ou retira a conduta dos quadrantes da infração penal, porque o fato ilícito penal não se incorpora sem a punibilidade.

Não se olvide outro aspecto relevante. O Direito Penal, em razão de suas características e por imperativo do princípio do contraditório, entre a pena cominada e a pena individualizada sempre confere preferência à segunda. A cominação existe em função da individualização. O *sursis* e o livramento condicional são concedidos com base na pena aplicada; diga-se o mesmo para a incidência das penas acessórias de perda da função pública e interdição de direito. No mesmo sentido o recolhimento do condenado a estabelecimento de regime aberto (art. 30, § 5º, I), semi-aberto (art. 30, § 5º) e, por consequência, de regime fechado.

Essa tônica, é lógico, envolve também o instituto da prescrição. Assim, se, no caso de prescrição *in abstracto* há efeito *ex tunc*, contrariaria o sistema negá-lo quando se tratar de prescrição *in concreto*. Vale dizer, o art. 110 enuncia *norma principal*, ao passo que o art. 109 constitui a *norma subsidiária*. Corolariamente, inexistem razões para negar-se à prescrição calculada sobre a pena concretizada na sentença o efeito *ex tunc*.

Merecem registro, por oportunas, as considerações de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1966, vol. 3º, pág. 448):

“Se a qualificação penal dos fatos pertence ao juiz; e se provisória é aquela da denúncia ou queixa, seria absurdo que, para a prescrição, outro princípio vigorasse. A imputação, apenas formulada e provável, deverá prevalecer sobre a imputação comprovada e a condenação? O juízo provisório e eventual do Ministério Público terá mais força que o juízo definitivo que o órgão julgante profere ao condenar o réu? . . . Tanto lá, como na legislação em vigor, a pena abstratamente cominada é escalão para o prazo prescricional, enquanto outras bases mais seguras e concretas não surgirem no processo. Desde o momento, porém, em que já existam limites menos aleatórios e vagos, para um cálculo mais aproximado e exato do prazo da prescrição, abandona-se a pena em abstrato e a pena em concreto a substitui.”

Acentue-se, a modificação legislativa sufragou: “a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão

executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento de denúncia”.

BASILEU GARCIA (“As modificações trazidas à legislação penal pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977”, in *Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, nº 35, págs. 30/31) pondera:

“Pela Súmula nº 146 a prescrição era da ação penal. Agora é da “pretensão executória”. Mas, ainda que essas palavras façam pensar que se teve em mira a prescrição da pena concreta, prescrição da condenação, em verdade, a extinção da punibilidade não deixa de ser da ação penal, pois vai atingir a fase entre a data do recebimento da peça inaugural e a sentença condenatória com trânsito em julgado.”

SANTORO (*Diritto Processuale Penale*, Ed. Dell’Ateneo, Roma, 1953, página 124) observa:

“Si può ritenere oggidì saldamente acquisita la natura processuale dell’azione, sia perchè l’art. 1 del vigente cod. proc. pen. non ricollega più l’azione al reato, sia perchè i fenomeni estintivi sono ricollegati, più esatamente, al diritto soggettivo di punire.”

O conceito de primariedade é extraído da definição legal de reincidência, em virtude do que, inexistindo segunda condenação depois de o agente haver sido definitivamente condenado, nos termos do estatuído no art. 46 do Código Penal, ou no art. 7º da Lei das Contravenções Penais, persistirá o instituto. Em consequência, acentue-se, à vista de não haver condenação, no sentido penal do termo, ocorrendo a chamada prescrição retroativa, se a pessoa vier, em seguida, a cometer um ilícito penal, não será reincidente.

Conclusão — Em se operando a prescrição com base na pena concretizada na sentença, o agente não perde a primariedade.

— IV —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 110 —

§ 1º — A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º — A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, manteve a redação do art. 110 do Código Penal, contudo, converteu o disposto no parágrafo único em § 1º, intro-

duzindo modificação no sentido de que o cálculo se opera da sentença condenatória “com trânsito em julgado para a acusação”, e não “de que somente o réu tenha recorrido”. Ademais, acrescentou o § 2º, *in verbis*:

“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.”

Este parágrafo merece a atenção do intérprete.

Antes de tudo, interpretação perfeita exige fixar a natureza jurídica do instituto analisado. Na hipótese, tem-se norma mista, dado ser meramente interpretativa quando afirma que a prescrição calculada sobre a pena concretizada na sentença “importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal”, e constitutiva, ao dispor: “não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”.

Note-se: boa técnica legislativa recomendaria a segunda parte do § 2º compor o § 1º, cujo dispositivo estabelece marcos temporais da chamada prescrição retroativa.

Esta comunicação tem por objeto material a interpretação autêntica da norma, que poderá ensejar divergência, notadamente quanto aos efeitos decorrentes da sua incidência.

A prescrição atende à política criminal, particularmente considerando-se que o passar do tempo, sem o agente praticar outro fato delituoso gera a presunção de recuperação; desaparece a reação social originária do crime e as provas se tornam mais difíceis e inseguras, podendo motivar, então, injusta sentença condenatória.

A prescrição, por isso, representa limitação ao exercício do direito de punir, perdendo o Estado legitimidade para a instauração, ou fluência do processo de conhecimento e para promover a execução; ocorrem, respectivamente, a prescrição *in abstracto* e *in concreto* (antes da sentença condenatória definitiva), ou depois de operada a coisa julgada da condenação.

Em breve, a prescrição é a perda do direito da ação processual penal. Assim sendo, o disposto no § 2º do art. 110, na passagem — “renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal” — não acrescenta nada à norma, ou ao instituto; representa unicamente a explicitação do motivo considerado relevante, pelo legislador, para tornar inquestionável a chamada prescrição retroativa no direito brasileiro. Ilustre-se com exemplo que dirime qualquer dúvida. Imagine-se que se opere a hipótese do art. 110, § 1º, ou seja, prescrição com base na pena concretizada na sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação. No momento da consumação do prazo prescricional, ergue-se para o réu o direito público subjetivo de não ser submetido à execução porque a *sanctio iuris* individualizada (e definitiva para a acusação) demonstrou haver o Estado, durante o desenrolar do processo, antes da sentença, perdido a respectiva ação e, dessa forma, legitimidade para efetivar o direito de punir, fulmi-

nado pelo decurso do prazo. Conseqüentemente, o Estado não renuncia à execução da pena. Renuncia-se a um direito de que se é titular; o Estado, porém, não tem legitimidade para a execução (*nulla poena sine titulo*) porque a lei não lhe confere esse direito. Isso, *data venia*, demonstra ser o Estado carente da legitimidade para promover a execução, não por renúncia sua, insista-se, mas por ausência de título executório. Evidencia-se, pois: o trecho em análise reduz-se à mera explicação da espécie de prescrição a que se refere, tecnicamente desnecessária.

A pretensão, juridicamente, é o interesse de alguém exercer o seu direito. O Estado só pode submeter uma pessoa à sanção penal havendo o título da condenação. Se não bastasse a Constituição nacional, estatui o disposto no art. 669 do Código de Processo Penal: "Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença."

Corolariamente, inexistindo a condenação, o Estado sequer pode aspirar a essa pretensão.

E por que inexistente a condenação?

Seja na legislação ordinária, como em nossa Carta Magna (art. 153, § 16), bem como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ninguém será condenado criminalmente sem o devido processo em que seja assegurada garantia plena de defesa. Em outros termos, faz-se imprescindível o processo penal. Este, deixando-se à margem atraentes debates doutrinários a respeito de sua estrutura e momento de formação, exercita a atividade jurisdicional e tem por objeto declarar, constituir, modificar ou extinguir a situação de condenado, ou perigoso, aplicando e executando a pena e a medida de segurança. CONSO (*Istituzioni di Diritto Processuale Penale*, Giuffrè, 1969, pág. 5) chama a atenção para o fato de ser "predisposto per accertare quegli illeciti ed applicare quelle sanzioni che solo in tal modo possono essere, rispettivamente, accertati ed applicate".

Evidentemente, o processo ou relação processual requer, seja em sua constituição, como em seu desenrolar, legitimidade do sujeito ativo, vale dizer, como condição de ação, a titularidade do direito de imputar (*stricto sensu*) ilícito penal a alguém. Se jamais a teve, não poderá postular a formação do vínculo, e se vier a perdê-la, cessa incontinenti.

Assim, recebida a denúncia, operar-se-á a prescrição *in abstracto*, se a sentença não for prolatada no prazo fixado em lei (art. 109). Se ela for proferida tempestivamente e transitar em julgado para a acusação, o cálculo terá por referência a pena concretizada; vale dizer, se a partir da data da aceitação da peça acusatória, antes de a decisão fluir o respectivo prazo, no dia em que aconteceu (constatada a data retroativamente), cessa, por prescrição *in concreto*, a legitimidade (condição da ação) de o Estado prosseguir o processo penal.

O cálculo retroativo será feito se a sentença condenatória transitar em julgado para a acusação. Dever-se-á, pois, aguardar a ocorrência de uma condição, vale dizer, o transcurso do respectivo prazo recursal. Assim, trata-se de sentença condenatória *sub condicione*; operada esta, se a relação tempo-

pena concreta conduzir à prescrição, pelas razões expostas, desaparece a própria condenação. Com isso, tornou-se indiscutível que, no Brasil, todas as sentenças condenatórias, se aplicável a prescrição *in concreto*, encerram condição resolutiva.

E mais, se não existe condenação (extinguiu-se o direito de punir), por via de consequência, não há pena aplicável. Logo, é sem sentido afirmar que o "Estado renuncia à pretensão executória da pena principal". A respeito, JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1966, vol. 3º, pág. 403) observa com propriedade:

"Ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada no momento pré-legislativo da norma penal e, não, no plano de sua aplicação após estar promulgada."

A característica da sentença condenatória é a individualização da sanção penal eficiente. Se esta não se configura, é lógico, não há condenação.

Conclusão — Inexiste condenação na hipótese do disposto no art. 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal (redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977).

— V —

LEI Nº 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977

CÓDIGO PENAL

Art. 121, § 5º — Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Na 1ª Sessão Preparatória, realizada em maio do corrente ano, em Porto Alegre, ao Congresso de Direito Penal e Processo Penal, a ser realizado em Brasília, em novembro próximo, apresentei quatro comunicações a respeito do § 5º do art. 121, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Naquela oportunidade, como resultante da estrutura da infração penal, considerando a punibilidade seu elemento constitutivo, e a natureza jurídica da sentença que aplica a norma, isto é, desconstitutiva, concluí, ante a inexistência de condenação, que a decisão é absolutória.

Condenar, do ponto de vista penal, é fixar a sanção cominada, que, ademais, por imperativo constitucional, será individualizada. Pois bem, o Estado, considerando as graves consequências sofridas pelo próprio agente, contempla, na hipótese, mais um caso de extinção da punibilidade, embora não relacionado na indicação exemplificativa do art. 108 do Código Penal.

A absolvição resulta de vários motivos; o Código de Processo Penal arrola seis causas no art. 386: *I* — estar provada a inexistência do fato; *II* — não

haver prova da existência do fato; III — não constituir o fato infração penal; IV — não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V — existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; VI — não existir prova suficiente para a condenação. Essa relação não é exaustiva, e, conforme a opção doutrinária atrás referida, acrescenta-se: toda vez que não for aplicada a sanção penal, como, exemplificativamente, acontece com o perdão judicial e a hipótese do § 5º do art. 121 do Código Penal.

Absolvição, contudo, nem sempre, implica o reconhecimento de conduta lícita; se isso se dá quando ficar caracterizada a inexistência do fato ou a inexistência da autoria, o mesmo não acontece se a rejeição da denúncia resultar do princípio *in dubio pro reo*.

De outro lado, se a ilicitude é uma só, vale dizer, contraste do comportamento com o juridicamente proibido, acarreta conseqüências diversas conforme o setor dogmático em que se manifesta. Daí, segundo nosso entendimento, o caráter autônomo, constitutivo e originário de todas as áreas jurídicas. Corolariamente, o ilícito pode ser irrelevante para o Direito Penal, dado não acarretar nenhuma sanção dessa espécie, porém significativo em outro âmbito do Direito.

Em conseqüência, a absolvição, por si só, não elide a ação civil; note-se, estatui o disposto no art. 66 do Código de Processo Penal:

“Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Ademais, na mesma linha, acrescenta o art. 67:

“Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: II — a decisão que julgar extinta a punibilidade.”

Um pormenor, contudo, deve ser acrescentado. A sentença com esteio no § 5º do art. 121, e isso ficou expresso na comunicação em Porto Alegre, não só reconhece os pressupostos da punibilidade, como individualiza a pena, a fim de compensá-la normativamente com as graves conseqüências sofridas pelo próprio agente; no entanto, dado, afinal, não ser aplicada a sanção, tecnicamente não é próprio falar-se em condenação. Por isso, a sentença não será título para a execução civil. Esta tem seu modelo no art. 63 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”

É de concluir-se: sendo a decisão que reconhece a causa da extinção da punibilidade inscrita no § 5º do art. 121, de caráter absolutório, não poderá ser executada no juízo cível, embora constitua prova relevante para o reconhecimento da obrigação do causador da morte reparar perdas e danos.

Conclusão — A sentença que deixa de aplicar a pena por força do disposto no art. 121, § 5º, do Código Penal (Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977) não prejudica a ação civil; todavia, não constitui título executório.