

## TÍTULO VII

## DA AÇÃO PENAL

Ação  
pública  
e ação  
privada

**Art. 102.** *A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.*

§ 1.º *A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do ministro da Justiça.*

§ 2.º *A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*

§ 3.º *A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.*

§ 4.º *No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 274 e 407.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* argentino, arts. 71 e 72; etíope, arts. 216 a 219; grego, art. 118; húngaro, art. 21; italiano, arts. 120 a 123, 127, 129, *in fine*, e 130; norueguês, arts. 77 a 79; suíço, art. 28.

**BIBLIOGRAFIA.** MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, nova edição, Liv. 3.º, cap. V, pág. 23, e Liv. 6.º, cap. IX, pág. 79; F. MANDUCA, *El Procedimiento Penal y su Desarrollo Científico*, trad., prólogo e notas

de ANGEL PINTOS Y PINTOS, Madri, págs. 141 a 160; F. PUGLIA, *Principii Fondamentali di Diritto Giudiziario Penale*, Milão, Coleção Piccola Biblioteca Scienitfica, vol. 2.º, págs. 90 a 127; MANGIN, *Traité de l'Action Publique et de l'Action Civile en Matière Criminelle*, Paris, 1837; M. H. FERÉOL RIVIÈRE, *Esquisse Historique de la Législation Criminelle des Romains*, Paris, 1844, págs. 56, 59 e 72; E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de Droit Criminel*, t. 2.º, Paris, 1854, pág. 49; J. BECOT, *De l'Organisation de la Justice Répressive aux Principales Époques Historiques*, Paris, 1860, págs. 9 a 12, 47, 54, 58, 59, 101 a 105, 154 e 201; FERDINAND WALTER, *Histoire du Droit Criminel chez les Romains*, tradução e introdução de J. PICQUET-DAMESME, Grénoble, 1863, págs. 14 na introdução e 99 do texto; P. ROSSI, *Traité de Droit Pénal*, t. 1.º, Paris, 1872, págs. 226 a 239; J. TISSOT, *Le Droit Pénal Étudié dans ses Principes, dans ses Usages et les Lois des Divers Peuples du Monde*, 2.ª edição, t. 2.º, Paris, 1880, págs. 430 a 453 e 579 a 612; PAULA PESSOA, *Reforma Judiciária*, Maranhão, 1880; ANTÔNIO SCEVOLA, *L'Istruzione Preparatoria del Procedimento Penale*, Turim, 1886, págs. 118 a 135; AD. FRANCK, *Philosophie du Droit Pénal*, 3.ª ed., Paris, 1888, págs. 63 a 80; CHARLES MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 5.ª ed., vol. 2.º, Bruxelas, 1891, págs. 447 a 456; GAROFALO, *La Criminologie*, 3.ª ed., Paris, 1892, pág. 371; FERRI, *La Sociologie Criminelle*, trad. do autor, Paris, 1893, págs. 439 a 444; L. LUCCHINI, *Elementi di Procedura Penale*, Florença, 1895, págs. 78 a 105; BIAGIO BRUGI, *Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali*, 3.ª ed., Florença, 1898, págs. 135 a 144; GERVÁSIO FIORAVANTI, *Da Reincidência no Código Penal*, Recife, 1896; JOAQUIM GUIMARÃES, *Ação Pública e Privada*, Vitória, 1898; MARTINS JÚNIOR, *Compêndio de História Geral do Direito*, Pernambuco, 1898; FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia Giuridica*, Nápoles, 1907, págs. 582 a 675; A. GROPPALI, *Filosofia do Direito*, trad. de SOUSA COSTA, Lisboa, 1910; JOÃO MONTEIRO, *Programa do Curso de Processo Civil*, vol. I, 3.ª ed., São Paulo, 1912, págs. 89 a 95; VIVEIROS DE CASTRO, *A ação pública e a ação privada no Direito Penal*, in *A Nova Escola Penal*, Rio de Janeiro, 1913, 2.ª ed., págs. 253 a 274; R. SALEILLES, *La Individualización de la Pena*, 2.ª ed., trad. de JUAN DE HINOJOSA, Madri, 1914, págs. 59 a 90; JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, vols. 1.º e 2.º, Rio de Janeiro, 1920; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Dos Crimes Sexuais*, Rio de Janeiro, 1921, pág. 358; ENRIQUE AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 1.º, Madri, 1923, págs. 493 a 547; F. GOYET, *Le Ministère Public en Matière Civile et en Matière Répressive et l'Exercice de l'Action Publique*, Paris, 1926, págs. 211 a 223; DORADO MONTERO, *Naturaleza y Función del Derecho*, Madri, 1927, págs. 126 a 133; ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *Ação Penal*, Bahia, 1929, págs. 29 a 48; PÉRICLES e DEMÓSTENES MADUREIRA DE PINHO, *Estudos de Criminologia*, separata da *Rev. de Cultura Jurídica*, Bahia, 1932; E. FLORIAN, *Principii di Diritto Processuale Penale*, 2.ª ed., Tu-

rim, 1932, págs. 180 a 210; NESTOR DUARTE, *O Direito, Noção e Norma*, Bahia, 1933, págs. 53 a 88; GIULIO BATTAGLINI, *Sulla rinuncia al diritto di querela*, in *Riv. Italiana di Diritto Penale*, Pádua, ano V, n.º 1, janeiro-fevereiro, 1933, págs. 75 a 80; OTTORINO VANNINI, *Il Codice Penale Illustrato per Articolo*, direção do Prof. UGO CONTI, vol. 1.º, Milão, 1934, págs. 524 a 578; JAMES GOLDSCHMIDT, *Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*, Barcelona, 1935, págs. 23 a 42; MELQUIADES PICANÇO, *Quem pode dar queixa e ser auxiliar da acusação*, in *Arq. Judiciário*, Rio de Janeiro, vol. 27, 1936, págs. 77 a 81 do suplemento; SADI CARDOSO DE GUSMÃO, *Da ação penal no direito brasileiro*, in *Rev. de Direito Penal*, Rio de Janeiro, vol. 13, fasc. 1.º, 1936, págs. 89 a 97; GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2.ª ed., 1937, págs. 65 a 85; FERNANDO AUGUSTO DE MENDONÇA, *Da ação privada nos delitos contra a honestidade das famílias*, in *Casos Criminais*, Pernambuco, 1937, págs. 29 a 34; *Da ação penal e sua preeminência sobre a ação civil*, in *Rev. Forense*, 1948, vol. 118, págs. 11 e 348; HERMES LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, 1937, págs. 13 a 19 e 241 a 258; JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Ação Penal (Análises e Confrontos)*, São Paulo, 1938; *A ação penal no novo Código Penal*, in *O novo Código Penal*, vol. 1.º, São Paulo, 1942, págs. 171 a 182; *Diretrizes do processo no Código Penal*, in *O novo Código Penal*, vol. 2.º, São Paulo, 1942, págs. 135 a 147; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Córdoba, 1940, págs. 443 a 452; RAFAEL FONTECILLA R., *El juicio penal*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1941, vol. 5.º, n.º 1, pág. 13; JUAN GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, D. F., 1941, págs. 9 a 13 e 47 a 65; CÉSAR SALGADO, *O regime da prova no Código de Processo Penal*, caps. *Representação do ofendido*, *Assistente*, *Intromissão do ofendido no processo*, in *Rev. Forense*, vol. 90, abril a julho, 1942, págs. 346 a 349; MARIANO RUIZ FUNES, *El derecho penal de la venganza*, in *Rev. de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México D. F., t. IV, ns. 13 e 14, janeiro a junho, 1942, págs. 7 a 24; JOSÉ PECO, *Proyecto de Código Penal (Exposición de motivos)*, apresentado à Câmara dos Deputados da Argentina, La Plata, 1942, págs. 594, 803 e 804; RAFAEL GARCIA VALDÉS, *Derecho Procesal Criminal*, 2.ª ed., Madri, 1944, págs. 75 a 97; BASILEU GARCIA, *Da ação penal*, in *Rev. Forense*, vol. 115, fevereiro, 1948, págs. 372 a 378; e *Instituições de Direito Penal*, vol. 1.º, t. II, São Paulo, 1952, págs. 639 a 657; JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Da ação penal*, Rio, 1949; VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, 2.º vol., São Paulo, 1951, págs. 581 a 589; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *A reforma da legislação penal*, in *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1963; HÉLIO TORNAGHI, *Ação privada subsidiária*, in *Rev. Brasileira de Crimino-*

*logia e Direito Penal*, 1966; J. FREDERICO MARQUES, *Propositura da ação penal*, Estado de São Paulo, 1966; EPAMINONDAS PONTES, *Preclusão*, Separata do *Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro*, 1967.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 1. Ação penal: conceito e origem. 2. Objetivo. 3. Ação pública e ação privada. 4. Formas de ação penal nas épocas históricas. 5. No Código brasileiro: ação pública e ação privada. 6. Ação penal popular. 7. Crimes de ação penal mediante representação do ofendido ou requisição do ministro da Justiça. 8. Mediante queixa. 9. Sucessão ao ofendido, no caso de morte ou ausência.

1. O crime revela um indivíduo, senão sempre perigoso, ao menos inadequado ao meio social. Apesar de quantas explicações ou conceitos tenham sido formulados, ao fragor da contenda de arbitristas e deterministas, — gente irreconciliável por definição mesma,<sup>1</sup> — é, em verdade, um episódio de inadequação, implicando nada mais que um desajustamento às normas da convivência entre os homens.

Algumas vezes, é o indivíduo contra o indivíduo, outras, o indivíduo contra a sociedade, e são as clássicas espécies, hoje seguramente discernidas, da criminalidade comum e da criminalidade política. Mas, em qualquer caso, sob qualquer aspecto, desajustamento.

Como tal, rompe o equilíbrio coletivo, desarticula a paz pública, conturba os espíritos, tanto mais profunda e duradouramente, quanto mais intensas e extensas as consequências. Atrai sobre si, por isso mesmo, a reprobção, sem demora, do grupo social, melindrado pelo ato insólito, temendo que se renove ou repita, talvez sob formas mais graves ou em maior escala, e reclamando, por tudo, revide cabal.

Para representar essa perturbação, nenhum confronto melhor, realmente, que o da pedra lançada na água quieta, ferindo-a, de chofre, num determinado ponto, e prolongando, em derredor, o efeito, numa sequência de linhas concêntricas, que vão diminuindo, até desaparecer, quanto mais

---

<sup>1</sup> Conservamos as expressões usadas na 1.<sup>a</sup> edição, que é de 1944.



livre de influência o espaço líquido. A imagem não ofereceria, atualmente, tão perfeito símile, certo que os progressos científicos tornam aproximada do ponto em que o crime aconteceu a mais remota latitude do globo, aonde a repercussão chegaria, dantes, retardada, e sensivelmente diluída, se chegasse, e poderá ser agora, pelos prodígios da radiodifusão ou da televisão, simultânea ao próprio crime, pressentido, sabido, e até objetivamente visto no instante mesmo.

Como quer que seja, porém, urge à sociedade retomar o equilíbrio momentaneamente desfeito, restabelecendo no ambiente a paz e nos espíritos a confiança. É a tarefa do poder público, por meio da pena.

Chame-se a isso reajustar, regenerar, educar, ou, ainda, ao sabor de remanescentes partidários da velha vindita, castigar; concorram para isso somente legisladores e juristas, com as construções teóricas e princípios abstratos, para aplicação a cada entidade criminal ou a cada temperamento de delinquente; ou intervenham os médicos, com a soma dos conhecimentos da matéria e da alma, transfigurando o crime em doença, ou imperfeição, ora reduzindo o criminoso a um fantasma dos seus ancestrais, ora um produto das suas glândulas, ou um derrotado pelas forças desordenadas do inconsciente, — o que não há negar é o imperativo do poder público de se movimentar, em guarda contra o crime.

Como dito alhures, na sociedade dos homens, agregado de seres vivos que é, vibra, exteriorizando-se, o mesmo instinto de conservação, fundamental nas naturezas humanas, e até existente nos animais.

É o instinto, despertado na hora do perigo, e acionado, que dá à sociedade a energia indispensável para responder à transgressão das suas leis.

Esse movimento de defesa é a *ação judiciária*. Diz-se *penal*, para distinguir de outra, relativa às violações de direito, que não são crimes. Porque não se compreende direito sem uma ação correspondente, remédio de que dispõe, para anular, no momento justo, o ato que o contrariou. Trata-se, como no conceito do nosso JOÃO MONTEIRO, de uma “reação

que a força do direito opõe à ação contrária de terceiro".<sup>2</sup> Pressupõe, portanto, uma relação de direito, e a sua violação, a ser reparada.

As ações ditas *civis* pertencem ao particular. O poder público, através de funcionários especiais, a elas preside, disciplinando-as, conduzindo-as, quiçá governando-as, dentro das concepções novas da função estatal. Mas o interesse privado, que continua o dominante, não perde, por isso, a liberdade de agir, a qualquer tempo, em qualquer emergência, até o fim. Por maior a faculdade, hoje reconhecida ao Estado, de interferir na ação privada, dirigindo-a, pelos meios de investigação e esclarecimento, para a consecução do objetivo de restaurar a relação de direito, violada, ainda resta ao particular a porção melhor de arbítrio.

Não é assim com a *ação penal*, saída das mãos do indivíduo, e cada vez mais subtraída à sua iniciativa e arbítrio, para constituir atributo do Estado, incisiva manifestação da sua *potestas*, numa das expressões mais características, o *jus puniendi*.

De início, inexistente nos agrupamentos humanos a autoridade supra-individual, ou apenas esboçada em estádios menos distantes, o particular desfrutou da liberdade de fazer recair sobre o criminoso, em vingança pessoal ou por deveres do sangue, a sua cólera, que só conhecia termo na contingência da sua força física. Quando o entendimento e a experiência começaram a moderar, no indivíduo, os instintos, e raiou, no grupo, o sentido de autoridade, fonte do poder público, compreenderam os homens a inutilidade e a brutalidade do castigo, que eternizava entre eles o ódio, transmitido, como um legado, de ascendentes a descendentes.

A princípio, sem regras preestabelecidas, acaba a vingança por se conter em certos limites, que se proporcionam à gravidade do mal, ou revestem, por vezes, o aspecto de prestação econômica, que o ofendido recebe, ou os do seu sangue, em troca do exercício da represália. Não se trata,

---

<sup>2</sup> JOÃO MONTEIRO, *Programa do Curso de Processo Civil*, vol. 1.º, 3.ª ed., São Paulo, 1912, pág. 89.

ainda que pareça, de um perdão da ofensa. É, antes, uma transação, rigoroso acerto de contas, que pode não conciliar as partes, mas, em todo caso, desarma o braço do ofendido, e afasta o sobressalto, que era permanente, de vindouros recontros, dando às famílias uma sensação de desafogo, propícia às realizações pacíficas.

A autoridade incipiente nos grupos entregam os homens a solução dos seus atritos e desavenças. O conselho do árbitro, ou de quem encarna essa parcela nascente de autoridade, conselho facultativo para as partes rivais, assume, afinal, caráter coativo, valendo como norma, e substituindo as desforras irrefletidas e violentas que as hordas costumavam tomar, em bloco, ao ofensor.<sup>3</sup>

Essa figura do apaziguador ou juiz de dissídios, — primórdio de uma autoridade que se superpõe ao grupo, até impor, soberanamente, a sua chefia, a sua vontade, a sua lei, numa realidade de poder e de mando que vem a ser, depois, o Estado, — é, por outro lado, o mais longínquo indício de um procedimento jurídico em face do crime, substanciado, então, na notícia e prova da ofensa, que os componentes do grupo, considerando-se, todos, lesados, trazem, em massa, justificando a imediata repulsa ao ofensor.

Quando o Estado, reforçado o poder disciplinador das relações entre os homens, avoca o direito de punir, atribui-se, conseqüentemente, a possibilidade de efetivar a repressão do delito, em cada caso.

A *ação penal* significa, pois, o exercício de uma *acusação*, que indica o autor de determinado crime, responsabilizando-o, e pedindo, para ele, a punição prevista em lei.

---

<sup>3</sup> Ver FILOMUSI GUELFI, *Enciclopedia Giuridica*, 5.<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1907, pág. 624, nota 1: o crime foi, originariamente, infração da paz pública e da ordem. Quando cometido por membro de grupo estranho, ocasionava o rompimento da paz entre os dois grupos, sendo a guerra a conseqüência. Quando praticado por membro do próprio grupo, retirava este ao criminoso a assistência e proteção prestadas aos seus componentes. Cessava a solidariedade grupal para com o companheiro transviado.

Quem afirma essa responsabilidade, e decreta a punição, se couber, não é, porém, o mesmo que levantou o libelo. Assim foi, durante largo período, em que, pelo sistema processual dito *inquisitório*, de tão aprimorada prática nas jurisdições eclesiásticas da Idade Média, o acusador e o julgador andavam consorciados numa só pessoa. Mas duas funções que atendem a diferentes razões e buscam finalidade diversa, como essas, não podem residir no mesmo indivíduo. Na função de acusar, admita-se que domine a força da paixão ou do interesse; na função de decidir, porém, devem predominar, sobre interesses ou paixões, a serenidade e a imparcialidade, inapartáveis de qualquer veredicto entre pretensões contrárias. Pelo exposto, ao lado do acusador e do réu, torna-se indispensável à ação penal outra personagem, tendo por missão recolher, das partes litigantes, o alegado, examinar os documentos, ponderar as provas, e proferir a decisão. Configura-se, assim, o sistema processual misto, vigorante nos tempos modernos.

2. Uma sentença oriunda de tais elementos, vivamente contrastados, não há de ser sempre desfavorável ao acusado, mas de condenação, ou de absolvição, conforme o mereça ele. Não é exata, portanto, a impressão, às vezes corrente, de que a ação penal visa a punir o acusado, e pune, cegamente, graças ao automatismo do Ministério Público, sem liberdade para opinar, e às prevenções do juiz, inclinado, pela reiteração no ofício, a ver em cada inculpação um culpado.

Os antigos, por esse receio, evitaram, quanto possível, os acusadores profissionais. Os romanos tinham penas severas para os que acusassem em falso (*calumniari*), ou abandonassem, sem motivo, a acusação (*tergiversari*), expondo os alvejados a constrangimentos desnecessários. Em algumas jurisdições pretéritas, a temporariedade dos investidos na função de julgar, e em outras a sua rotatividade, foram recursos contra a formação dessa mentalidade condenatória, sempre temida.

Evidentemente, nem o Ministério Público é máquina de acusar, nem o juiz criminal distribuidor sistemático de condenações penais. São defeituosas todas as noções de ação penal em que se fale de imposição de pena como o seu fim.

A ação penal, esclarece FLORIAN, visa ao conhecimento da verdade sobre um crime, que se diz cometido, e de cuja autoria se responsabiliza alguém. Por esse designio, assim como alcança a condenação criminal, pode atingir conclusão diametralmente oposta, como a da absolvição, pela certeza de que o fato não existiu, na sua condição física, ou que, pelos elementos constitutivos, não é crime, ou, sendo crime, não o praticou, todavia, o acusado.<sup>4</sup>

Fixar a culpa ou a inocência, eis o fito, para que ninguém seja punido por crime de outrem. *Nemo punitur pro alieno delicto*. Uma tal função há de estar, naturalmente, à mercê das circunstâncias de cada crime, ou verificadas no correr da ação, sempre que se busque estabelecer a relação entre o preceito de lei, que define e reprime o delito, e o caso vertente.<sup>5</sup>

O delito é lesão que tomou aspecto diferenciado das lesões comuns, pela sua força específica de perturbação da vida social. Provocando, em virtude disso, muito maior abalo na coletividade, desperta a iniciativa repressora do Estado, no seu papel tutelar do direito. Aquela capacidade de agir exterioriza-se em atividade própria, adequada a um fim necessário e justo, qual o da restauração da norma jurídica, infringida ou ameaçada. É a ação penal, no sentido objetivo, para fim determinado, a punição do crime. Mas ao Estado, quando assim se defende, a si mesmo, e às unidades sociais,

---

<sup>4</sup> E. FLORIAN, *Principii di Diritto Processuale Penale*, 2.<sup>a</sup> ed., Turim, 1932, pág. 181.

<sup>5</sup> Como assinala LUCCHINI, a ação penal realiza função coordenadora entre a lei, em abstrato, e o fato, em concreto. A lei repressora, incriminando o fato, estabelece a relação ideal entre o crime e a pena; a ação penal, dirigida pela lei de processo, estabelece a relação real entre a incriminação legal e a punição do culpado (*Elementi di Procedura Penale*, Florença, 1895, pág. 80, n.º 65).



defendendo, em suma, o direito, como de sua obrigação, não seria lícito, nem político, corrigir o ato individual de rebeldia, praticando ação injusta, ou iníqua. A injustiça e a iniquidade, longe de estimularem o respeito às regras de conduta coletiva, incitam à desobediência, que, por muito repetida, engendra divergências e choques de toda espécie, pródromos de outras desinteligências ainda mais gerais e irresistíveis, com a profundidade, a amplitude e o ímpeto de convulsão social. Na causal da grande transformação política do século XVIII teve parte saliente a justiça penal do tempo, com o seu cortejo de incríveis arbitrariedades e crueldades.

É que o grupo transferiu ao Estado a função penal, por feliz compreensão, mesmo, da necessidade de uma proteção uniforme e superior contra as ofensas individuais, mas não deixa de sentir como feita ao todo a lesão endereçada diretamente a uma das partes. Desse ponto de vista, ocorre, nas sociedades civilizadas, algo semelhante ao que sabemos do fato criminal nos agrupamentos primevos. Sucedeu que a responsabilidade penal se dissocializou, isto é, evoluiu de responsabilidade de todos, ou de muitos, para responsabilidade pessoal, com o corolário da pena rigorosamente individualizada, e tanto mais individualizada quanto menos elementares ou facciosas as concepções do crime e da pena, quanto menos empírico o aparelhamento jurídico-penal da sociedade.

Essa limitação da culpa não exprime, porém, uma mesma limitação do mal-estar pela ofensa recebida. O sofrimento, que o delito cria para a vítima, projeta-se em desassossego e clamores de punição em todo o grupo, que reage, de pronto, pela hostilidade ao criminoso, ou pelo temor do seu convívio, na previsão de novas infrações. Essa reprovação geral lembra o primitivo sentimento coletivo do dano do crime, e é mais ou menos acentuada ou persistente, conforme o alcance da lesão, ou condição de parentesco, companheirismo, amizade, para com o ofendido, como outrora, quando a voz do sangue ditava a solidariedade na vingança.

A pena é satisfação a essa exigência de punição, um processo de tranquilização e de garantia para todos. Não que

intimide aos que não delinqüiram, coibindo-os, como na fantasia da doutrina clássica. Mas a esses oferece a certeza de que o poder a quem compete reprimir e punir o crime está vigilante, na proteção e defesa de todos.<sup>6</sup>

A ação penal é o meio por que essa proteção se concretiza, oportunamente. O que houver de deficiência, ou de excesso, nessa defesa, é motivo para intranquilidade e insatisfação, ainda maiores, às vezes, do que as que o próprio crime suscitou. A ação penal não seria, pois, um meio útil de defesa social, não fora empresa de inteligência, de raciocínio, de humanidade, capaz de negar a culpa, onde faltar, e de afirmá-la, quando existente, até distinguindo-a, qualificando-a, graduando-a, para a efetivação do poder punitivo em termos e condições razoáveis.

3. Distingue-se a ação penal em *pública* e *privada*: ação pública, pertencente ao poder público, ação privada, pertencente ao indivíduo. Se os dois termos devessem exprimir noções antagônicas, a impropriedade seria flagrante, pelo menos nos nossos dias. Erigida a função de punir em atributo do Estado, e sendo a ação penal o instrumento da sua realização, não se compreenderia, a rigor, ação privada. Toda ação é pública, posto que ao indivíduo caiba, excepcionalmente, a iniciativa do seu exercício. A queixa da parte ofendida, essencial na ação privada, não é senão uma condição para o exercício da ação penal, esclarece FLORIAN. Não lhe altera a estrutura, nem contraria o seu caráter de ação pública.<sup>7</sup> É o que já se chamou ação intrinsecamente de ordem pública e extrinsecamente de natureza privada.

<sup>6</sup> Do crime — expõe BRUGI —, resultam um dano *imediato* e um dano *mediato*, representado este pelas apreensões gerais de que o fato se reproduza, perturbando a sociedade. A pena é o modo de reparação do dano mediato, reforçando na sociedade a convicção da tutela permanente do direito pelo Estado (*Introduzione Enciclopedica alle Scienze Giuridiche e Sociali*, de BIAGIO BRUGI, 3.<sup>a</sup> ed., Florença, 1898, pág. 135).

<sup>7</sup> FLORIAN, ob. e ed. cit., pág. 205.



Na categoria de ação pública costumam os autores incluir a *ação popular* (*actio popularis*), exercitável por qualquer pessoa, como um atributo cívico. *Cuique de populo licet accusare*, diziam os romanos, e com isso significavam que o acusador, podia sair, e saía, de dentro do povo. Para agitar a ação penal, não é preciso ser o ofendido, ou ter, com este, qualquer relação de parentesco, de dependência ou de interesse. Nisso consiste a ação penal popular.

Da ação privada destaca-se a *ação dependente de instância privada*. Há de comum nas duas o poder de disponibilidade do particular ofendido. Mas, enquanto na primeira, que diríamos, então, propriamente privada, ou exclusivamente privada, o indivíduo decide, por sua vontade, da punição do crime, ao ponto de não intentar ou não continuar a ação, na de instância privada cumpre, simplesmente, ao particular iniciar o procedimento, isto é, apresentar a sua queixa contra o ofensor.

O poder público conduz a ação, como se fora sua, e nesse sentido a desenvolve até final, sem mais intrometimento do ofendido que possa colidir com o interesse público da repressão, insuscetível de transigência. Esse tipo de ação penal participa, portanto, muito mais de ação pública do que de ação privada. Como ressalta SOLER, é ação pública, em que a instância da parte ofendida constitui requisito de ordem processual.<sup>8</sup> Nela, o poder dispositivo do indivíduo é limitado à iniciativa da ação, ao passo que na ação exclusivamente privada abrange o *início* e o *prosseguimento*.<sup>9</sup> Essa circunstância, comum às duas ações, marca, ao mesmo tempo, a sua linha divisória.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Córdoba, 1940, pág. 448.

<sup>9</sup> Ver JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *A Ação Penal no Novo Código Penal*, in *O Novo Código Penal*, vol. 1.º, São Paulo, 1942, pág. 180.

<sup>10</sup> É tão clara a diferença que, na hipótese de ação dependente de instância privada, acontecendo que a acusação tenha escolhido apenas um, dentre os vários participantes do crime, o Ministério Público pode agir contra os demais, apesar do silêncio do queixoso.

O discrimine da ação penal em *pública* e *privada* correspondia, entre os romanos, à bipartição dos delitos em *públicos* e *particulares*, aqueles denominados, preferentemente, de *crimes* (*crimina publica*), e os outros de *delitos* (*delicta privata*).<sup>11</sup>

O delito privado dava origem à ação do ofendido, reque-rendo, quase sempre pela via civil, a indenização do dano, isto é, a imposição de uma pena pecuniária ao culpado. O crime público era passível de acusação popular, e o seu julgamento competia ao povo, nas assembléias. Era a sociedade a exigir o direito de condenar o criminoso, pelo que a sua falta traduzia lesão aos interesses gerais. Assim demarcadas as duas espécies de prejuízo, estavam conseqüentemente traçados os dois tipos de procedimento.

Já hoje o conceito de crime não autoriza pensar-se na ofensa ao interesse individual, com exclusão do interesse público, ou supremacia. Se o crime é a ruptura do equilíbrio coletivo, e o fim da ação penal é recompor esse equilíbrio, todos os delitos — não obstante pareçam, alguns, à primeira vista, lesivos do interesse particular, — causam distúrbio social, que é necessário desfazer, e por isso contra todos igualmente se justifica a ação coerciva do Estado.

Com efeito, há infrações de natureza privada, no sentido de que ofendem o indivíduo diretamente e indiretamente o Estado. Ofendem mais um particular do que a sociedade, advertia MONTESQUIEU.<sup>12</sup> Outras, como os delitos políticos, atacam o Estado, e reflexamente o indivíduo. Mas, ainda

<sup>11</sup> Ver H. FERÉOL RIVIÈRE, *Esquisse Historique de la Législation Criminelle des Romains*, Paris, 1844, pág. 71, nota 1.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, nova edição, Paris, Liv. 3.º cap. 5, pág. 23.

---

A reserva da lei, quando torna de instância privada, em certos crimes, a ação penal, concerne somente ao fato em si, quer dizer, à ofensa. Desde que esta foi divulgada, com o comparecimento espontâneo do ofendido a juízo, não haverá razões para que se não proceda como na ação pública, por natureza indivisível. Ver SEBASTIÁN SOLER, ob., vol. e ed. cit., pág. 447.

que de natureza privada, o crime viola a lei, que é pública, e sancionada no interesse geral.<sup>13</sup> Nesse pressuposto, que nenhuma razão abala, a reprimenda dos crimes, de todos os crimes, é função imanente do Estado, e nela tem interesse a sociedade inteira, sem distinção de ofendidos ou não-ofendidos.<sup>14</sup>

Apesar disso, e embora diminuto o número de prosélitos da iniciativa privada, não perde atualidade a controvérsia sobre a legitimidade e vantagem da intromissão do particular na ação penal.

As alternativas oferecidas à preferência das legislações podem ser assim relacionadas: ação penal do ofendido, independentemente do Ministério Público; ação privativa do Ministério Público, com exclusão do ofendido, e temos os dois tipos extremos e puros da ação privada e da ação pública; ação popular, convergindo com a do Ministério Público, ou dela subsidiária; ação penal do ofendido, nos mesmos termos.

A questão fundamental, portanto, é a de saber se ao particular assiste o direito de ação penal. Firmado que sim, restaria fixar o modo e extensão do seu exercício, se isolado, concorrente ou suplementar.

Pela forma singular de participação, age o ofendido por conta própria, à revelia do Ministério Público, de cuja cooperação prescinde. Pela participação concorrente, Ministério Público e particular dispõem, por igual, da faculdade de agir, sem que a atuação de um esteja condicionada à do outro. Pela participação subsidiária, ao ofendido somente se permite a ação penal quando da omissão ou negligência do

---

<sup>13</sup> In ANTONIO SCEVOLA, *L'Istruzione Preparatoria del Procedimento Penale*, Turim, 1886, pág. 18.

<sup>14</sup> Para PRINS, o binômio crime público-crime privado é da tradição histórica; teve grande alcance no direito antigo, e se readquire, no nosso tempo, alguma importância prática, é mais do ponto de vista econômico, quer dizer, da prestação à vítima do delito, quando diretamente ferido o interesse privado (*Ciência Penal e Direito Positivo*, trad. de HENRIQUE DE CARVALHO, Lisboa, 1915, págs. 95 e 97).

Ministério Público. É uma atividade, esta última, meramente supletiva, sem razão de ser se levada a termo a ação pública.<sup>15</sup>

Os apologistas da ação privada enxergam na sua prática uma garantia individual em geral, e especialmente contra os criminosos poderosos, ou com amizades de influência nos altos círculos do Estado. A FERRI também impressionou a circunstância, tanto que, adversário da ação penal privada,<sup>16</sup> admitiu a iniciativa particular associando-se, não substituindo, à ação pública, a fim de prevenir possíveis contemplações dos órgãos do Ministério Público para com os titulares do Governo, dos quais independem quanto ao cumprimento das suas atribuições, mas aos quais, naturalmente, rendem deferência, pelas eventualidades de melhoria na carreira, mercê da munificência oficial nas promoções, estipêndios etc.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Ao ver de alguns, a participação subsidiária encontra a melhor justificativa, no vultoso número de feitos penais que se arrastam nos cartórios, por desídia funcional, virtualmente arquivados, ou destinados a arquivamento certo, graças à prescrição, sobre que o acusado vela nos bastidores da justiça, para o momento azado.

<sup>16</sup> A escola positiva cerrou fileiras no combate à ação penal privada. GAROFALO repeliu a divisão de *pública* e *privada*, acusando-a de atender à natureza objetiva do crime e algumas vezes à natureza da pena, sem nenhuma consideração pelo grau de perversidade do agente. Confere-se ao ofendido o poder de decidir da sorte do delinquente, e não se cogita de saber se esse delinquente é temível, se é primário, reincidente etc. (*La Criminologie*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1892, pág. 371). No apreciado livro em que divulgou no Brasil os postulados e teorias fundamentais do positivismo penal, VIVEIROS DE CASTRO, adepto da nova escola, manifestou-se também contrário à ação privada, sustentando que a dicotomia da ação penal “não se conforma com o fundamento racional do direito de punir, não atende à classificação científica dos criminosos, não passa, enfim, de uma longínqua reminiscência de idéia da vingança, que foi nos tempos primitivos o conceito justificativo da pena” (*A Nova Escola Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1913, cap. *A ação pública e a ação privada no direito penal*, pág. 259).

<sup>17</sup> FERRI, *La Sociologie Criminelle*, trad. do autor, da 3.<sup>a</sup> ed. italiana, Paris, 1893, pág. 440.

Não são menores, entretanto, os inconvenientes da instância privada. Em tese, o ofendido é o menos apto para encaminhar um procedimento que, se no princípio é ato de incriminação, deve revestir, no seu curso, e no epílogo, com a mais completa imparcialidade, a mais perfeita serenidade. Dessa isenção, exatamente, não é capaz a vítima do crime, pelas paixões e malquerenças que lhe insuflam a acusação, animando o propósito de conseguir, acima de tudo, uma conclusão condenatória. É difícil, senão impossível, surpreender, no particular que iniciou a ação criminal, um intuito superior de justiça. O ofendido — observa MANDUCA — dirige-se por impulso anti-social, como o ódio, a vingança. O sentimento que o impele é egoísta, jamais altruísta.<sup>18</sup> Enquanto isso, a ação penal pública dá ao perseguido garantias de neutralidade e de justiça. Os funcionários que a exercem são insensíveis a paixões ou malquerenças, proverbiais no ofendido.

Acresce que a renúncia e o perdão, conseqüências práticas da intervenção soberana do indivíduo, criam, em larga escala, a impunidade. É um espetáculo deponente o das desistências da ação penal, algumas vezes sinceras, quantas outras sem nenhuma motivação, fruto de conluíus ou de extorsões, em que a dignidade do ofendido se compromete, e não raro são envolvidos parentes e amigos do ofendido e do ofensor. E a essa verdadeira consagração da impunidade preside, impotente, o Ministério Público!

Assim, um sentimento mesquinho de vingança inspira a queixa particular (o nosso CRISÓLITO DE GUSMÃO considerava a ação penal privada “uma revivescência da *vindita privata*, adornada com os princípios do classicismo penal”<sup>19</sup>), e quando o temor ou o interesse sobrevém, ditando a paralisação do processo, mascara-se, habilmente, a transação com um gesto de piedade, como se o perdão, no caso, fora dádiva

<sup>18</sup> MANDUCA, *El Procedimiento Penal y su desarrollo científico*, trad. de ÁNGEL PINTOS Y PINTOS, Madri, pág. 144.

<sup>19</sup> CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Dos Crimes Sexuais*, Rio de Janeiro, 1921, pág. 358.

espontânea e generosa. Entretanto, nem a vingança pode servir de móvel, nem a piedade de desfecho à punição dos criminosos.

Isto posto, se o poder público consente, em algumas hipóteses, e por motivos excepcionais, que o ofendido movimente, a seu talante, a ação penal, não terá com isso proclamado o seu não-interesse na punição do delinquente. Não há, por conseguinte, um direito privado de ação penal, como não subsistem razões de ordem jurídica em favor da querela individual, de tão constante prática em outros tempos.

As razões são simplesmente de conveniência, de equidade, de oportunidade prática, como se exprime VANNINI.<sup>20</sup> Determinadas circunstâncias, peculiares a algumas infrações, aconselham condicionar-se a ação, nesses casos, à manifestação da vontade do ofendido. A querela individual é o preenchimento de uma formalidade, estatuída no interesse da tranquilidade das famílias (é a hipótese de crimes como o adultério e o rapto), ou em vista do interesse particular dominante na punição (é a hipótese de crimes como a injúria e a difamação).<sup>21</sup>

Deixando ao indivíduo, por exceção, a liberdade de intentar a ação penal, e, em consequência, conformando-se com o seu silêncio, revela o Estado, em suma, compreender que,

<sup>20</sup> OTTORINO VANNINI, *Il Codice Penale Illustrato Articolo per Articolo*, direção de UGO CONTI, vol. 1.º, Milão, 1934, pág. 525. Relacionando os crimes de ação privada pelo Código italiano, considera VANNINI que o legislador, assim dispondo, atendeu a três critérios: o da simultaneidade de lesão ao interesse público e ao particular, o da incerta violação do interesse público e o critério combinado. Do primeiro ponto de vista, são de ação privada o crime de violência carnal (art. 519), o de ato libidinoso violento (art. 521), o de rapto para fim de matrimônio ou fim libidinoso (arts. 522 e 523) etc. Pelo segundo critério, o de exercício arbitrário das próprias razões com violência sobre as coisas (art. 392), ou sobre as pessoas (art. 393), o de ofensas corporais (art. 581) etc. Finalmente, pelo critério conjugado, os crimes de injúria e de difamação (arts. 594 e 595) etc.

<sup>21</sup> Razões ainda de ordem política induzem o poder público, em outras circunstâncias, a decretar a isenção de procedimento penal ou a isenção de pena, como, por exemplo, a impossibilidade da ação



por vezes, ao interesse e necessidade da punição supera o interesse do olvido sobre o crime, evitando situações ainda mais delicadas, e proporcionando à vítima ou aos seus parentes compensação melhor do que seria a pena, fato público, de profunda e larga repercussão.

4. A ação penal popular tem precedência no tempo.

É a primeira forma de procedimento contra o delito, quando a comunidade nos grupos impunha, como vimos, a solidariedade dos seus componentes. Solidariedade passiva e ativa. A diferenciação e a especialização que se processam na atividade do homem, pela crescente complexidade, a par da consolidação da autoridade estatal, originam critérios coletivos diferentes sobre a natureza e extensão do interesse ferido pelo crime. Decorrem daí, também, sucessiva ou periodicamente, modos diversos de agir contra o mesmo crime. A *ação privada*, a princípio, e depois a *ação pública* acabam substituindo, parcial ou totalmente, a *ação popular*.

Considerada e louvada como dos mais expressivos direitos do cidadão, a ação penal popular primou na democracia ateniense e na república romana, para declinar ou morrer no império romano, na jurisdição dos povos bárbaros, no regime feudal, nas monarquias absolutas, enfim, onde cercadas ou banidas as liberdades individuais. Porque o sistema constitucional de cada povo é que lhe dá viço, ou caducidade. Atributo de soberania, como é, não pode o direito de acusar entrar em desarmonia com a Magna Carta nacional, observava MANGIN.<sup>22</sup> Bem entendido, o processo penal, desde o termo de início, a acusação, até o último termo, a sentença, se o não quisermos estender à execução da condenação, quan-

---

<sup>22</sup> MANGIN, *Traité de l'Action Publique et de l'Action Civile en Matière Criminelle*, Paris, 1837, vol. 1.º, pág. 3.

---

penal em certas modalidades do furto entre parentes (art. 181 do nosso Código), e a não punição do participante de conspiração que abandona, a tempo, os companheiros, e os denuncia. Naquele caso, o interesse, claramente, é o de evitar o dissídio familiar, provocando, talvez, consequências mais graves do que as do crime. Comprova-o



do imposta, acompanha as mutações ou oscilações na vida do país, de cuja estrutura política não é senão um “segmento”, como o faz ver GOLDSCHMIDT.<sup>23</sup>

Assim, no curso da história, a ação penal popular vinga nos climas temperados de liberdade e fenece nos escaldos de autoritarismo. Teve, por isso, na vida grega o relevo de um dos mais ilustres misteres, que era honra cumprir, e de que era opróbrio desertar. Não a desestimaram, por seu lado, os romanos, tão ciosos do apreço à ordem jurídica.

Ao entendimento de gregos e romanos, acusar os crimes era uma das maneiras de participar da vida pública, como fazer as leis e cumprir as funções de julgador. Recorda PICQUET-DAMESME,<sup>24</sup> que homens da estatura de CATÃO e de CÍCERO se desvaneceram de exercitar esse direito de acusação e deram à sua prática brilhos ainda memorados.<sup>25</sup>

Mas se foram tantas as excelências, não há esconder o reverso, especialmente na mesma vida pública romana, consoante os mais severos e tristes testemunhos. Com o admirável senso das coisas, buscaram os romanos antecipar o remédio, prevenindo o mal, ou, quando menos, reduzindo-o. E é assim que já na fase republicana, visando, naturalmente, a evitar o descrédito da instituição, opunham ao exercício da acusação popular numerosas proibições, de caráter eminen-

---

<sup>23</sup> GOLDSCHMIDT, *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona, 1935, pág. 67.

<sup>24</sup> J. PICQUET-DAMESME, pág. 14 da introdução à tradução do livro *Histoire du Droit Criminel chez les Romains*, de FERDINAND WALTER, Grénoble, 1863.

<sup>25</sup> Entre quantos criminaavam VERRES, foi CÍCERO o preferido para sustentar a acusação, de acordo com a norma de ser confiado o alto encargo a um acusador, quando muitos se apresentavam, para determinado crime. Ver J. BECOR, *De l'Organisation de la Justice Répressive aux Principales Epoques Historiques*, Paris, 1860, pág. 59.

---

a circunstância de poder a ação penal ser exercida contra o estranho que participa do crime (art. 183, n.º II, do nosso Código). Quanto ao segundo exemplo, o princípio sobre que assenta a isenção penal é o de que mais vale dissolver as sedições do que punir os sediciosos.

temente pessoal, fundadas, ora no critério de capacidade, ora no critério de idoneidade.<sup>26</sup>

Não valeram, contudo, tais cautelas, porquanto o abuso das *delações* atingiu, proporções inacreditáveis, tornando-se a função de acusar uma profissão, e das mais rendosas, em parte licitamente, pela quota advinda à pecúnia do acusador, tirada do patrimônio do acusado, mas em grande parte também pelos negócios de toda sorte e vulto que facilitava, proporcionando pingues propinas a delatores e testemunhas, em compensação das mais torpes falsidades.<sup>27</sup>

“Quem tivesse vícios e talentos, uma alma baixa e espírito ambicioso”, — comentava, séculos depois, MONTESQUIEU, reportando-se às *delações* daquele tempo, — “saía em procura de um criminoso cuja condenação pudesse agradar ao governante e por esse meio conquistava dignidades e fortuna”.<sup>28</sup>

Assim pervertida, na intenção e nos fins, a ação popular desaparece com a civilização clássica, para somente renascer nos tempos modernos, embora sem um mínimo, que seja, do antigo esplendor.

Condições de ambiente e peculiaridade políticas são-lhe desfavoráveis, por completo, na jurisdição dos povos bárbaros e na justiça dos senhores feudais.

O nomadismo das primeiras tribos germânicas, e, depois de fixadas ao solo, o caráter profundamente autônômico de

---

<sup>26</sup> As mulheres, os menores, os magistrados, os venais, os caluniadores mercenários etc., não podiam acusar, em Roma, salvo quando fossem os ofendidos. Dig., Liv. 48, tit. II, ns. 8 a 11. Ver GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1897, vol. 3.º, pág. 725.

<sup>27</sup> Como mostra BECOT (ob. e ed. cit., pág. 104), ficaram tão desacreditados os delatores pagos e tão raros os gratuitos que, por evitar a impunidade dos crimes, os imperadores romanos foram obrigados a nomear acusadores de função contínua. Nessa prática, descobrem muitos autores o germe da instituição do Ministério Público, nascida na França no século XIV, com a criação dos *procuradores do rei*.

<sup>28</sup> MONTESQUIEU, ob. e ed. cit., pág. 78.

sua vida, eis circunstâncias decisivas para um período áureo da ação penal privada. A organização interna dos núcleos humanos dispersos repousa sobre o espírito e o sentimento de família, e esse cunho familiar imprime à punição dos crimes o velho aspecto de compromisso do sangue, tanto do lado da vítima, como do lado do culpado. A ação particular é a única forma então possível de procedimento contra o crime, com as consequências extremas da renúncia e do perdão. Nem a ordem imperial, posteriormente, alcança diminuir o discricionarismo privado, no exercício da acusação penal. O conflito entre ofensor e ofendido continua um caso de família, e, como tal, passível de ajuste doméstico, sem outra lei que a vontade das partes, em pessoa, ou por seus parentes. A autoridade pública só intervém, quando falha a composição. É uma interferência de simples adjutório, que lhe não dá prestígio, quanto mais primazia, como órgão de justiça.

Não é outro o panorama, pelo feudalismo. A preeminência do individual sobre o social, nota marcante da época, constitui impedimento inelutável a uma justiça penal de expressão coletiva, firmada num direito ou dever cívico de acusação. Os homens, acastelados num círculo impenetrável a toda comunhão de idéias ou de interesses, não conhecem entre si os laços naturais da dependência, mas os convencionais do mando e sujeição, numa hierarquia de posições por si mesma negativa de qualquer coesão, inclusive no sofrimento ou na responsabilidade pelo crime.

Compreende-se, assim, o exclusivismo da ação privada num sistema jurídico em que o indivíduo afinal, mais do que árbitro da acusação, representa, tantas vezes, por si ou por outrem, a própria justiça penal, resumida a um duelo, — suficiente como prova, como processo, como sentença, como tudo, na punição do crime. Por si, por sua linhagem, por seu senhor, é a fórmula consagradora dessa privatividade de acusação penal. Ninguém mais, nada mais.

Depois, a colisão entre a autoridade dos senhores feudais e o crescente poder real prepara o ocaso da ação privada.

O longo e árduo processo de condensação dos poderes políticos na realeza implica, também, a progressiva absorvência da justiça feudal, inclusive no conjunto das atribuições penais.

Empenhados, seriamente, em colocar debaixo da autoridade própria os mais amplos domínios, os soberanos se arrogam, com exclusividade, o dever de assistência aos interesses da segurança coletiva, e por conseguinte o direito de sua proteção penal, exequível no poder repressor aos atos infringentes dessa ordem de interesses.

Do nosso ponto de vista, é a mais importante das reivindicações reais. Faz reviver, por certo prisma, a idéia de crime público e de crime particular, um dos elementos atuantes nessa sensível transição que a justiça penal sofre durante alguns séculos, paralelamente às transformações políticas.

Assim, onde a realeza conclui a sua tarefa, a ação pública reconquista a prioridade. Verdade é que sob aspecto diverso do tradicional, e por muito tempo ao nível, quase, da iniciativa privada, até lhe anular as últimas resistências.

Na França, então, profundas inovações de forma, como, para exemplificar, o segredismo nos trâmites processuais, sucedendo ao sistema de larga publicidade, determinam o advento do Ministério Público, que vai ser, por toda parte, exatamente, o fulcro da ação penal pública, assegurando-lhe um primado sem mais alternativa, até aos nossos dias.

5. Como o último termo da evolução da ação penal, a ação pública aparece modernamente no primeiro plano, na generalidade dos Códigos. A ação privada e a ação popular constituem exceção.

Alguns Códigos, ao lado da ação particular e da ação pública, mencionam a ação dependente de instância privada, como se lhe reconhecessem vida autônoma, vale dizer, como se consagrassem uma divisão tripartida da ação penal.

É exemplo o Código argentino, cujo art. 71 dispõe que devem iniciar-se de ofício todas as ações penais, salvo as que dependam de instância privada e as ações privadas. Mas as

consequências, praticamente, são sempre as mesmas, quanto à disponibilidade da ação, por parte do ofendido, no seu início, e indisponibilidade, uma vez oferecida a representação. Haja vista os efeitos assinalados pelo mesmo Código argentino à renúncia e ao perdão do ofendido, restritos às ações privadas (arts. 59, n.º 4, e 69).

Também pelo Código brasileiro, a ação pública é a regra, a ação privada, a exceção. A ação pública compete ao Ministério Público, mediante denúncia, a ação privada, ao ofendido, mediante queixa. Queixa e denúncia são, portanto, os modos de início da ação, quando privativa do ofendido, ou privativa do poder público.

Exercitando a ação pública, nem sempre o Ministério Público age por iniciativa própria, mas, algumas vezes, somente depois de provocado, por via de representação do ofendido, ou de requisição do ministro da Justiça (art. 102, § 1.º, do Cód. Penal). Ali, a ação tipicamente pública; aqui, a ação pública dependente de instância, privada ou oficial. Nos crimes cuja ação penal é subordinada ao preenchimento desse requisito, é evidente que se não formará a culpa ao criminoso, faltando a representação, ou a requisição.

Instituindo a ação pública como regra, o legislador não desamparou, todavia, o ofendido, em face da negligência do Ministério Público. É assim que admitiu a ação privada *subsidiária*, nos crimes de ação pública, quando o Ministério Público não tenha oferecido denúncia, no prazo legal (art. 102, § 3.º, do Cód. Penal). Mas a atuação do particular, nessa emergência, conserva o caráter de subsidiária, até final, porquanto, suprida, com a queixa, a omissão do Ministério Público, a este competirá seguir a ação, aditando a queixa ou repudiando-a, substituindo-a pela denúncia, fornecendo elementos de prova, interpondo recursos, e devendo, a qualquer tempo, logo surpreenda o querelante em negligência, retomar o papel de *parte principal*, assim determina a lei (Cód. de Processo Penal, art. 29). É uma atividade de assistente, na ação que lhe competia instaurar, e não instaurou,



mas de assistente singular, senhor dos mais largos poderes, livremente exercitáveis.

A disposição do Código não tem alcançado, todavia, entendimento pacífico. Se a atividade subsidiária do ofendido é autorizada para o caso de não haver denúncia no prazo legal, o que faz presumir omissão de dever, o Cód. de Processo Penal admite que o Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requeira o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação (art. 28).

Assim, cumpre indagar se ainda nessa hipótese, que não significa desídia funcional, justifica-se o particular agir, supletivamente. Procede a dúvida sobretudo porque a lei processual, insistindo naquela norma substantiva, usa, para confirmá-la, expressões diversas, como as de *não ser a ação pública intentada no prazo legal* (Cód. de Processo Penal, art. 29). Ora, um dos modos de se não intentar a ação penal pública é, por certo, o arquivamento, o qual, — argumenta-se, — equivale a não ter havido denúncia.

A ausência de denúncia, que é o pressuposto do Código Penal para que se legitime a interferência posterior do ofendido na ação pública, caracteriza-se, em suma, pela falta dessa peça inicial, ou pelo arquivamento do inquérito. Ocorrendo, portanto, que o prazo se esgote, sem a denúncia e sem o pedido de arquivamento, é claro que cabe a ação privada. Caberá, é óbvio, na hipótese de, consumado o arquivamento, surgirem novos elementos de prova. Inexistindo, porém, esses elementos, a solução não será tão simples, porque levaríamos, então, o interesse privado a predominar soberanamente, sobrepondo-se, ou, melhor, antepondo-se ao interesse público, que o órgão da Promotoria encarna, e de que não se afastou.

Como se vê, são diversas e complexas as situações que têm provocado a manifestação dos tribunais. Diante de ação penal intentada por queixa do ofendido antes de escoado o lapso para a denúncia do Ministério Público, considerou o Tribunal de Justiça de Alagoas não haver nulidades, se o aludido órgão se conforma com essa iniciativa. As mais

variadas espécies foram conhecidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, como, em 1949, a de o Ministério Público não se haver pronunciado, dentro do prazo legal, nem com a denúncia nem com o pedido de arquivamento, e a de, consumado este, novos elementos de prova terem sido apurados. Nos dois feitos, o egrégio colegiado paulista reconheceu legítima a ação privada subsidiária, como igualmente, de outra vez, em que o arquivamento fora solicitado e deferido dentro do prazo. Esta última conclusão distanciava-se, substancialmente, da que o mesmo Tribunal adotara, poucos anos antes, acompanhando a maioria do Supremo Tribunal Federal, pela inaceitabilidade da intervenção do ofendido ou seu representante legal na eventualidade de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público. Conhecemos do Tribunal de Justiça da Guanabara decisão plenária em *habeas corpus*, assentindo em que a ação privada é totalmente incabível quando o Ministério Público promove o arquivamento, porquanto dessa hipótese não cogita a lei penal processual, a qual só se refere ao não oferecimento da denúncia no prazo legal.

Seria impraticável arrolarmos aqui todos os julgados, num e noutro sentido. As divergências subsistem, realmente, em se tratando de arquivamento. Não seria razoável que ocorressem em relação à “ausência” de denúncia, sobre que não deixa dúvida o art. 29 do diploma adjetivo. Em todo caso, “a controvérsia que, em certa época, agitou a jurisprudência dos tribunais, inclusive do Supremo, que, por muito tempo esteve vacilante, está hoje inteiramente superada”, assim acentua o comentário com que na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* foi registrada e louvada a decisão — e note-se que unânime — da 1.<sup>a</sup> Turma do Supremo, desautorizando a ação privada subsidiária quando o Ministério Público obtém o arquivamento. Desse acórdão foi relator o Ministro EVANDRO LINS E SILVA, que assinalou a sua passagem pela nossa mais alta Corte de Justiça na percuente análise, sobretudo, dos problemas penais, que a sua experiência de advogado criminalista sobremodo enriquecia.



Mas não se esgota em tais critérios o momentoso tema. Atendendo consulta sobre a possibilidade da iniciativa privada supletiva, sanando demora despropositada do Ministério Público em oferecer a denúncia, ou seja, protelando-a com sucessivos pedidos de diligência e de esclarecimentos, respondeu o Professor HÉLIO TORNAGHI pela afirmativa, ensinando que a lei põe limites ao poder punitivo do Estado, “marcando-lhe, inclusive, prazo fatal e peremptório (Cód. de Processo Penal, art. 798) findo o qual o ofendido é livre de retomar o seu direito”.<sup>29</sup> É uma hipótese que não se confunde nem com a falta ocasional de denúncia nem com o voluntário arquivamento das peças de instrução criminal.

É possível, contudo, que a controvérsia desapareça, em breve, com o advento de novo código, mantida que seja a norma do anteprojeto HUNGRIA repelindo, de todo, a ação privada supletiva, acoimada, em nota explicativa, de desatender, quase sempre, ao interesse da Justiça, “para somente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo de chantagem” (*sic*).

6. Quanto à ação penal *popular*, não a acolheu o novo legislador, ainda que da velha tradição do nosso direito essa forma de procedimento contra o crime.

A Constituição imperial de 1824 instituiu-a, para os delitos de suborno, peita, peculato e concussão, contanto que intentada a ação dentro de ano e dia do crime. Afóra tal

---

<sup>29</sup> Ver as decisões do Supremo Tribunal, em *Direito*, 1953, volumes 82 a 84, pág. 267, e *Diário da Justiça*, de 7-6-1954, *Jurisprudência*, pág. 1.811 e *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, 1966, pág. 145; a decisão da Guanabara figura na mesma revista n.º 4, 1964, p. 178; do tribunal alagoano, in *Revista Forense*, vol. 139, pág. 450; e as do tribunal paulista, in *Revista Forense*, vol. 139, pág. 405; *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 182, pág. 73; *Revista Forense*, vol. 126, pág. 543, e vol. 151, *Jurisprudência Criminal Resumida*, pág. 445. A Conferência de Desembargadores (1943) assentou que nos crimes de ação pública, arquivados os autos a requerimento do Ministério Público, não pode a ação penal ser iniciada mediante queixa do ofendido. (Conclusão XII, pág. 174.) Em sentido contrário afirmou, em parecer, ABDON DE MELO, 1.º procurador do

prerrogativa, restrita como se vê, a crimes funcionais, a mesma Constituição concedia, em geral, aos cidadãos, como uma das garantias constitucionais, a faculdade de apresentar aos Poderes Legislativo e Executivo reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, *requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade dos infratores*.

O Cód. de Proc. Criminal de 1832 adotou a ação penal popular, mediante denúncia de qualquer pessoa do povo, não somente para aqueles crimes, mas também para numerosas outras infrações, especificadas. Ainda atribuía a todo cidadão a faculdade de denunciar crimes de responsabilidade dos empregados públicos, constituindo a sua acusação peça suficiente para a autoridade pública competente proceder contra o indigitado.<sup>30</sup>

Apesar das intenções e tendências ostensivamente limitativas do liberalismo, dito excessivo, desse Código, a lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, não modificou o sistema. Somente com o advento do Cód. Penal republicano (1890), dispondo sobre o procedimento *ex officio*, a denúncia do Ministério Público e a queixa da parte ofendida (art. 407), e silenciando sobre a queixa ou denúncia de qualquer pessoa do povo, é que avultou o pensamento de estar repelida a ação penal popular no direito brasileiro. Assim opinou João MENDES. Em sentido contrário, GALDINO SIQUEIRA argumentou que, omissa embora o Código de 1890, a Constituição republicana, que lhe é posterior, e, sobretudo, lhe é preeminente, como lei das leis, consentia a quem quer que fosse “representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos

---

<sup>30</sup> Constituição, arts. 157 e 179, n.º 30; Cód. de Proc. Criminal, arts. 74 e 150.

---

Estado em São Paulo: “o fato de haver o Ministério Público requerido o arquivamento do inquérito policial não constitui obstáculo ao início da ação penal por meio de queixa da parte ofendida” (*Justiça*, Porto Alegre, 1949, vol. 31, pág. 194). De HÉLIO TORNAGHI, na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 14, pág. 145: *Ação privada subsidiária* (parecer).

das autoridades, e *promover a responsabilidade dos culpados*" (art. 72, n.º 9), o que implicava, — bem claro, até pela parte final do inciso constitucional, — o direito de acusação penal, ainda que limitado aos crimes de responsabilidade.<sup>31</sup>

Assim, presentemente, o direito de acusar é privativo do ofendido, por si ou seu representante legal. Pessoa estranha ao delito, sem interesse pessoal lesado, sem título legítimo de representação aos atingidos pela ofensa, não disporá senão da faculdade de *noticiar* à autoridade o crime de que teve conhecimento, quando couber a ação pública. É uma faculdade de simples aviso, que a lei, todavia, cerca de formalidades e cautelas, buscando conciliar o interesse público da repressão dos crimes com a necessidade de garantia aos particulares contra as acusações temerárias.<sup>32</sup>

Embora repelida do Código, para a generalidade dos crimes, a ação penal popular subsistirá, entretanto, para casos especiais, em maior ou menor extensão, tal como na vigência do velho Código.<sup>33</sup> É assim que, reservada para legislação própria a disciplina dos delitos de falência, conti-

<sup>31</sup> GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2.ª ed., 1937, São Paulo, pág. 73; JOÃO MENDES, *O Processo Criminal Brasileiro*, Rio, 1920, vol. 2.º, pág. 205.

<sup>32</sup> Ver o Cód. de Proc. Penal, art. 27: "Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção".

<sup>33</sup> O Cód. Eleitoral de 1950 (lei n.º 1.164, de 24 de julho) optou pelo sistema da simples participação do fato punível à autoridade competente. Declarando, com efeito, que são de ação pública as infrações eleitorais (art. 176), facultou a "todo cidadão" comunicar a infração de que houver conhecimento ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou (art. 177). O decreto de 1932 (n.º 21.076, de 24 de fevereiro), primeiro, em ordem cronológica, dos códigos que vigoraram após a modificação do processo eleitoral no país, entregava a iniciativa da ação penal aos procuradores eleitorais, bem como a *qualquer eleitor* (art. 110). O preceito foi mantido na reforma de 1935 (lei n.º 48, de 4 de maio), onde, por outro lado, já apareciam com esta faculdade os "delegados de partidos". As leis seguintes (dec.-lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945 e dec.-lei n.º 9.258, de 14 de maio de

nuará a ação pública em tais crimes a ser intentada pelo Ministério Público, mediante denúncia, ou pelo síndico, ou qualquer credor, mediante queixa.<sup>34</sup>

Em projeto de lei que formulou no Senado em 1951, adotando a *ação penal popular* para os crimes de responsabilidade, o Senador OLAVO OLIVEIRA alegou, na justificação, que a Constituição então vigente, no capítulo dos direitos e garantias individuais, consagrava, no § 38 do art. 141, a *ação cível popular*, e no parágrafo anterior a *ação penal popular*, não havendo razão para considerar-se simplesmente previsto neste último inciso o “direito de petição” aos poderes públicos.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Pela lei de falência de 1929 (dec. n.º 5.746, de 9 de dezembro) a ação pública podia ser intentada por denúncia do Ministério Público, ou por queixa do liquidatário ou de qualquer credor (art. 174). Suprimida, na nova legislação (dec.-lei n.º 7.631, de 21 de junho de 1945) a figura do liquidatário, com ampliação do papel do síndico, passou a este a faculdade de dar queixa, mantida, também, para qualquer credor (art. 194). Ainda o síndico ou qualquer credor poderá oferecer queixa, se o Ministério Público não apresentar denúncia, no prazo legal (art. 108, parág. único).

<sup>35</sup> Projeto de lei n.º 25-51, in *Diário do Congresso Nacional*, de 6 de junho de 1951. Sustenta, ainda, a justificação que a ação penal popular contra os crimes funcionais, “além de tutelar a liberdade

1946) omitiram qualquer referência a *eleitor*, enquanto conservavam aos partidos a citada prerrogativa, de que fariam uso através dos seus “representantes legais”, ou “delegados”, ou até, como na lei de 1946, “fiscais”. Releva notar, entretanto, que os atos legislativos mencionados, desde o de 1932, consideraram *ação pública* a ação penal pelas infrações eleitorais. A lei eleitoral atual (n.º 4.737, de 15 de julho de 1965) não trouxe, no particular, qualquer inovação.

Em seu Projeto de Cód. Penal, apresentado, em setembro de 1941. À Câmara argentina, o eminente professor José Peco contempla a ação penal popular nos crimes eleitorais, atribuindo-a a qualquer cidadão, e tornando obrigatória, de princípio ao fim, a intervenção do Ministério Público, o qual não poderá abandonar a ação, ainda que tenha desistido o acusador particular (art. 322). Ver José Peco, *Proyecto de Código Penal (Exposición de motivos)*, La Plata, 1942, pág. 803.

O preceituado pela Constituição atual parece desautorizar a versão, desde que do novo texto (art. 150, § 30) foi retirada a parte final que assegurava a quem quer que fosse, representando contra abusos das autoridades, *promover a responsabilidade delas*, enquanto no parágrafo seguinte está declaradamente nomeada como *ação popular* a que qualquer cidadão pode propor para “anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

A lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950, que definiu os crimes de responsabilidade do presidente da República e ministros de Estado, ministros do Supremo Tribunal Federal e Procurador-Geral da República, governadores e secretários de Estado, atribuiu a qualquer cidadão a faculdade de *denunciar* o responsável (arts. 14, 41 e 75).

Por sua vez, a lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade” (*sic*) não faz nenhuma ressalva ou exclusão com pertinência ao titular da representação. É mais uma bela lei, para figurar ao lado de tantas outras, que ficam no honesto propósito.

7. Sendo norma a ação pública, prescindem os Códigos da enumeração ou indicação dos crimes em que cabe essa forma de procedimento. Não assim, quanto à ação privada, ou à ação dependente de instância privada. Formas excepcionais, como são, devem vir expressas na lei.

Dois sistemas se apresentam, geralmente: o da relação, em dispositivo próprio, dos crimes em que a ação penal for privada ou dependente de instância privada, e o da referência cada vez em que se configure crime cuja ação seja uma das duas formas.

Compreende-se, ali, que todos os crimes não mencionados no preceito especial, e, aqui, que todos os crimes em que

---

individual, de maneira edificante, desenvolverá nos governantes o senso da responsabilidade e fomentará, da sua parte, o respeito à lei, sentimento que deve nortear os ocupantes dos cargos públicos”.

o legislador silenciou sobre a natureza da respectiva ação penal, são crimes de ação pública, que é a regra.

O processo enumerativo, de que temos exemplo no Código argentino, é mais simples e prático; deixa de o ser, porém, quando muito numerosos os casos de ação privada ou de instância privada, e deve ter sido esse o motivo por que não o preferiu o nosso legislador, cuja prodigalidade em adotar a ação penal do ofendido não será das orientações louváveis.

Pelo Código brasileiro, são crimes punidos mediante *representação do ofendido*:

- perigo de contágio venéreo (art. 130 e § 1.º);
- calúnia, difamação ou injúria contra funcionário público, em razão de suas funções (art. 141, n.º II);
- ameaça de mal injusto e grave (art. 147);
- crime contra a inviolabilidade de correspondência (art. 151, e § 1.º, ns. 1 a 3). Excetua-se o crime cometido com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico (art. 151, § 3.º), e o crime de instalação ou utilização de estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de preceito legal (art. 151, § 1.º, n.º 4);
- crime contra a inviolabilidade de correspondência comercial (art. 152);
- divulgação de segredo (art. 153);
- violação do segredo profissional (art. 154);
- furto de coisa comum (art. 156);
- crime de tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte, sem recursos para o pagamento (art. 176);
- crime contra o patrimônio, cometido em detrimento do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de irmão legítimo ou ilegítimo, de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita (art. 182, ns. I a III). Quando o crime for de roubo ou extorsão, e, em geral, quando houver emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, a ação é pública, bem como em relação ao estranho que participa do crime (art. 183, ns. I e II);



— crime de concorrência desleal, nas modalidades previstas nos ns. X a XII do § 1.º do art. 196;

— crime contra os costumes, definido nos caps. I a III do tit. VI do Código, quando a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo (art. 225, § 1.º, n.º 1, e § 2.º)

São crimes punidos mediante *requisição do ministro da Justiça* os de calúnia, difamação e injúria contra o presidente da República ou contra chefe de Governo estrangeiro (art. 141, n.º I).

8. São crimes punidos mediante *queixa*:

— calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140). Excetua-se o caso em que qualquer dos crimes é cometido contra o presidente da República ou contra chefe de Governo estrangeiro (art. 141, n.º I), ou contra funcionário público, em razão de suas funções (art. 141, n.º II), em que a ação penal se inicia, respectivamente, mediante requisição do ministro da Justiça e representação do ofendido (art. 145, parág. único). Excetua-se, também, o caso de consistir a injúria em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes, dela resultando lesão corporal (arts. 140, § 2.º, e 145), quando a ação será pública;

— crime de usurpação (art. 161), quando a propriedade é particular, e não há emprego de violência (art. 161, § 3.º);

— crime de dano simples (art. 163);

— crime de dano qualificado por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, n.º IV);

— crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164);

— fraude à execução (art. 179);

— crime de violação de direito autoral (art. 184) e de usurpação de nome ou pseudônimo (art. 185), salvo quando em prejuízo de entidade de direito público (art. 186);



— crime de violação de privilégio de invenção ou de descoberta (art. 187), usurpação ou indevida exploração de modelo ou desenho privilegiado (art. 189);

— crime de violação do direito de marca (art. 192);

— crime de concorrência desleal, nas modalidades previstas no art. 196 e § 1.º, ns. I a IX;

— crime de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), sedução (art. 217), corrupção de menores (art. 218), rapto (arts. 219 a 222), salvo se qualquer dos crimes é cometido com abuso do pátrio-poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, caso em que a ação é pública (art. 225, § 1.º, n.º II), ou se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria, ou da família, caso em que a ação também é pública, dependendo, porém, de representação (art. 225, § 1.º, n.º I, e § 2.º);

— crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento para a realização de casamento (art. 236);

— crime de adultério (art. 240);

— crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345), quando não houver emprego de violência (art. 345, parág. único).

9. Ocorrendo a morte ou a ausência do ofendido, antes de iniciada a ação penal, quando lhe caiba a ação mediante queixa, o direito de intentar a acusação se transmite ao seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 102, § 4.º).<sup>36</sup>

Também dessa forma se transmite o direito de continuar a ação, quando em data posterior ao do seu começo, aquela morte ou ausência.

---

<sup>36</sup> O anteprojeto NÉLSON HUNGRIA altera a seqüência da substituição, firmando, logicamente, a prioridade do descendente sobre o ascendente (art. 105). Também prevê que o ofendido haja deixado declaração em contrário ou já tivesse renunciado à queixa, casos em que, evidentemente, não se transfere o direito à ação. O projeto argen-

É uma sucessão sem reservas, condições ou formalidades, condizendo com um propósito de nobre assistência ao interesse do ofendido, que não é razoável fique ao abandono, por um sucesso imprevisto e irremediável, como o da morte, e, em determinadas circunstâncias, como o da ausência. Apenas, nesta última hipótese, requer o Código que o fato tenha sido judicialmente reconhecido. E como entre os documentos de inscrição obrigatória no registro público está a sentença de declaração de ausência (Cód. Civil, art. 12, n.º IV), é óbvio que somente depois de cumprida essa exigência poderão algumas das pessoas apontadas assumir, umas por exclusão das outras, o encargo da queixa ou do prosseguimento da ação.

Pelo disposto no § 4.º desse art. 102 do Cód. Penal, a sucessão ao ofendido seria somente legítima nos casos de ação privada, uma vez que o legislador faz referência expressa ao *direito de oferecer queixa*, que se não confunde com o *direito de representação*, exercitável nos crimes em que a ação pública depende, como vimos, de provocação do ofendido. O direito de prosseguir na ação, que também nesse dispositivo legal se indica como suscetível de passar aos herdeiros do ofendido, morto ou ausente, estaria evidentemente condicionado ao direito de oferecer a queixa, e, pois, limitado à hipótese da ação penal privada.

Feita a representação, para a ação pública, afasta-se o particular de uma participação direta e principal na ação e no seu prosseguimento. Tal papel, quem o desempenha, da representação por diante, é o Ministério Público, e por forma a que o particular não mais poderá desistir do procedimento contra o ofensor, ou a este perdoar o agravo. Assim, seria improcedente na lei a previsão de quem sucedesse ao ofen-

---

тино SOLER (art. 98) não reconhece aos sucessores senão o prosseguimento na ação intentada por queixa, quando ainda vivo o ofendido, nos delitos de ação privada. Difere, nesse ponto substancialmente, do código atual (art. 75) que admite tanto o início como a continuação do procedimento. A verdade, porém, é que o código somente cogita dos crimes de calúnia e de injúria. O projeto, por sua vez, não especifica, como no código, os herdeiros aos quais se defere a representação do morto.

dido, no caso de morte ou ausência, para em seu lugar continuar ou ultimar a ação, que se instaurou mediante representação. Justifica-se, por isso, a restrição da regra aos casos de ação privada.

Mas, para os efeitos visados pela norma legal, são semelhantes as hipóteses de queixa, ou de representação, quando ainda não começada a ação. E por isso é que o legislador processual, repetindo o preceito da lei substantiva, no que tange ao direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação (art. 31), também estabeleceu a possibilidade de sucessão do ofendido, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, quando, em vez de queixa, for o caso de representação (artigo 24, parág. único).

Não se estende, porém, ao direito de continuar a ação, essa prerrogativa. Assim se completa, com o preceito do Código Processual, o do Cód. Penal, concernente a esse direito de sucessão em acusação penal.

A ação  
penal no  
crime  
complexo

*Art. 103. Quando a lei considera como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe a ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.*

**DIREITO COMPARADO.** *Código italiano: Art. 131.*

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 10. Ação pública no crime complexo.

10. Consagra o legislador, nesse dispositivo, a regra da ação pública para o crime de que forem elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes fatos que por si mesmos constituem crimes, e nos quais se deva proceder de ofício.

O preceito é repetição do Código italiano, acima indicado, sobre a forma de ação penal no crime complexo.

A ação pública, cabível no crime elemento ou no crime circunstância, prevalece, por essa razão, no crime resultado, absorvendo a ação privada, se for o caso.

Realmente, se para os fatos que integram ou agravam determinado crime adotou o legislador a ação pública, quando considerados em si como crime, não se justificaria que o delito-síntese fosse perseguível por iniciativa particular.

MAGALHÃES NORONHA lembra como delitos abrangidos pelo art. 103: o de *injúria real*, em que há a injúria, que é de ação privada, e a ofensa física, que é de ação pública; e o crime sexual violento, do qual resulte morte ou lesão grave, em que à ação privada, pela violência sexual (o estupro, por exemplo) corresponderia, pela morte ou lesão, a ação pública. Por força da disposição sob exame, assiste ao Ministério Público a *persecutio criminis*, visto que se trata de delito complexo.

Neutras eventualidades, porém dado que são múltiplos os aspectos que se apresentam, não será tão simples a solução. Faz-se mister, sobretudo, distinguir do delito complexo o concurso, material ou formal, de crimes, para que a este não se aplique uma regra exclusivamente destinada àquele. Salvo, é claro, o propósito ampliativo, como parece ter sido o do julgado unânime da 2.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal, considerando independêr de representação o procedimento em crimes de rapto e de tentativa de estupro, quando com estes concorra o de lesões corporais, que é de ação pública. Apreciando a matéria, reafirma HELENO CLÁUDIO FRAGOSO que a ação pública, determinada pelo art. 103, somente se refere a delito complexo, não podendo estender-se, como na decisão em apreço, a concurso material de crimes.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Ver ac. de 23-4-51, da 3.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Arquivo Judiciário*, 1952, vol. 102, *Ementário de Jurisprudência*, pág. 217), e ac. de 5-6-51, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará (*Revista Forense*, 1952, vol. 142, página 445), firmando a prevalência da ação pública quando concorrerem delitos puníveis por iniciativa do Ministério Público e por iniciativa do ofendido.

Irretratabilidade da representação

**Art. 104.** *A representação é irretratável depois de iniciada a ação.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos: húngaro, art. 22, inc. II; italiano. Art. 129.*

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 11. Irretratabilidade da representação. 12. Efeito da denúncia.

11. Declarando irretratável a representação, depois de encetada a ação penal, está o legislador confirmando, para uma das suas aplicações, o princípio da irrevogabilidade da ação pública.

Com efeito, o poder público não tem arbítrio, para agir, ou não-agir, segundo entenda. A ação penal lhe é imposta, e de modo irrenunciável.

O Estado tem o poder de punição do crime sem que lhe seja dado, porém, transigir sobre esse poder. Uma tal obrigatoriedade cria, para os funcionários encarregados do exercício da atividade punitiva, a indisponibilidade da ação penal, vale dizer, um ofício verdadeiramente indeclinável de promover a repressão do delito, quando couber a ação pública.

O ofendido, ao contrário, sendo o caso de exercitar a ação penal, tem liberdade para dela desistir, consequência lógica da sua mesma iniciativa de agir, e pode oferecer ao ofensor o seu perdão, em qualquer tempo, contanto que não proferida, ainda, condenação criminal.

Ora, a representação do ofendido, nos crimes de ação dependente de instância privada, é, como se viu, mera formalidade para intentar-se a ação. Não seria, portanto, razoável

---

E mais: MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, vol. 1, 1968, pág. 368; *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 7, pág. 155; n. 8, pág. 153; n. 12, pág. 156; n. 15, pág. 172. Ainda, Ac. da 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia: havendo concurso entre um delito de ação pública e outro de ação privada, o Ministério Público não fica autorizado a dar denúncia em relação a ambos. *Revista Jurídica*. Salvador, vol. 4, pág. 331.

que, trazendo o ofendido a juízo a sua queixa, e dèssarte con-vindo em publicar o agravo, fosse sujeitar o Ministério Público à sua vontade, quando não ao seu capricho, depois que o provocou a agir e o envolveu na ação penal.

12. A irretratabilidade da representação, entretanto, não é definida em termos absolutos: há um momento, — da entrega da representação ao começo da ação, — em que ao queixoso é consentido retratar-se. Assim devemos com-preender a ressalva final do preceito: a representação é irre-tratável, *depois de iniciada a ação*.

O começo da ação, não decorrendo imediatamente do ato da representação,<sup>38</sup> será menos exato dizer que esta é irretratável, pois só o é, realmente, depois de principiada a ação. Não indicando o Cód. Penal, nem lhe competindo indicar, qual seja esse momento, tratou de fazê-lo o legisla-dor processual, repetindo o disposto nesse art. 104, mas subs-tituindo a expressão *depois de iniciada a ação*, pela fórmula *depois de oferecida a denúncia*, com o que fixou, inequivo-camente, o instante em que a representação se torna irre-tratável.<sup>39</sup>

Figure-se uma representação levada à autoridade poli-cial, e admita-se, por mais simples o exemplo, que seja competente para conhecer da matéria a mesma autoridade destinatária: cumpre-lhe, então, promover o inquérito, cuja conclusão poderá demorar até 30 dias, se solto ou afiançado o acusado (art. 10 do Cód. de Proc. Penal). Remetidos à Jus-tiça os autos, terá o Ministério Público, por sua vez, 15 dias para apresentar a denúncia (art. 46 do Cód. de Proc. Penal), salvo devolução do inquérito à polícia, para novas diligências, que considere imprescindíveis (art. 16 do Cód. de Proc. Pe-nal). Aí estão, numa hipótese, quase dois meses, pelo menos, em que ao ofendido cabe desfazer a representação, uma vez

<sup>38</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 39 e parágrafos.

<sup>39</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 25: "A representação será irretra-tável, *depois de oferecida a denúncia*".



que ainda não está iniciada, com o oferecimento da denúncia, a ação penal.

Assim prescrevendo, quer a lei, portanto, que o arrependimento do queixoso seja anterior ao momento em que o Ministério Público faz seu, com a denúncia, o procedimento contra o crime.

Justifica-se a relatividade da norma, por atender ao interesse particular e resguardar o prestígio do Ministério Público, aquele, muitas vezes, ditando a retirada da representação, na evidência da vantagem de uma solução de paz sobre a persistência da demanda, que as paixões naturais da primeira hora ocasionaram, e o Ministério Público, por seu lado, posto a salvo de apreciações menos lisonjeiras, na suspeita de conivência em inconfessáveis combinações, que pudessem injustamente comprometê-lo, quando só se movimentou para a denúncia depois de estimulado pelo ofendido, na forma da lei.

Acentue-se, porém, que *representação*, tal como referida neste art. 104 do Cód. Penal e no art. 25 do Cód. de Processo Penal, não é, simplesmente, qualquer aviso ou comunicado à autoridade policial sobre a prática de um delito, mas *representação* no sentido técnico, aquela que a lei considera imprescindível, em determinadas hipóteses, para movimentar-se a ação penal pública.<sup>40 - 41</sup>

Não quer isso dizer que devamos revestir a “representação”, para que valha, de tais requisitos formais, que acabemos burlando as boas intenções da lei. Com o senso de objetividade que assinalava as suas decisões, teve razão o ministro

---

<sup>40</sup> Assim, *v. g.*, em delito de apropriação indébita, que é de ação pública, não ocorrendo nenhuma das circunstâncias indicadas no art. 182 do Cód. Penal, relativamente à necessidade da *representação* em infrações contra o patrimônio, pouco importa que, ainda no curso do inquérito policial, e antes, portanto, da denúncia, tenha a vítima endereçado à polícia petição desdizendo quanto afirmara na queixa que motivou o mesmo inquérito: ac. de 18-5-51, do Supremo Tribunal Federal, *Revista Forense*, 1952, vol. 139, pág. 356.

<sup>41</sup> A *representação*, todavia, não tem por lei forma especial, nem obedece a requisitos formalísticos, assentou a 2.<sup>a</sup> Turma do

VÍTOR NUNES LEAL ao invocar a necessidade de repudiarmos o excessivo formalismo em casos dessa natureza, que “envolvem gente pobre, ignorante das filigranas legais”.

Condizendo com esse pensamento, o Supremo, em várias decisões recentes, aceitou representações sem maior atenção às suas características extrínsecas, e até ampliando, liberalmente, o entendimento da qualidade de representante legal da ofendida, com o admiti-la em pessoas que não estariam na cogitação da lei, tais o tio, a tia, a mulher desquitada a quem foi deferida a guarda da filha menor, o amásio da mãe da vítima etc. Verdade é que verificadas, em cada caso, determinadas circunstâncias, que justificariam, só por si, a realização do ato, sob pena de brindar-se com a impunidade o ofensor.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Ver julgados do Supremo e de tribunais locais, colhidos por alto em *Revista Forense*, vol. 187, pág. 301; vol. 215, págs. 330 e 341; vol. 222, págs. 347 e 375. *Revista dos Tribunais*, vol. 210, pág. 95. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 8, pág. 136; n. 10, pág. 181 e n. 17, pág. 194. Registre-se, contudo, o ac. de 2 de abril de 1956, da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que, vivos os pais, em condição de miserabilidade, e acaso desautorizando a propositura de ação penal pela sedução da filha, não subsiste a representação oferecida por seu irmão, o qual se torna, pelas circunstâncias apontadas, parte ilegítima. (*Revista Forense*, vol. 170, pág. 388.) A qualidade de representante legal na

---

Supremo Tribunal Federal, em ac. de 7-10-55. “Seria demasiado rigorismo — ponderou o relator, ministro EDGAR COSTA — deixar impune um criminoso confesso por exagerado apego à formalística” (*Arq. Judiciário*, 1956, vol. 118, pág. 103). “De qualquer maneira por que o fato seja levado ao conhecimento da polícia, por quem de direito” — declarara, em ac. de 24-8-53, o mesmo Supremo Tribunal — “fica satisfeito o requisito da representação, que tem por fim apenas impedir a iniciativa espontânea ou por ato voluntário do poder público em caso em que prepondera o interesse de família”. Nesta última decisão, firmou, outrossim, o Supremo, que, na hipótese de vários acusados, a representação que a um só ou a alguns se dirigir, alcança, indiscriminadamente, a todos, porquanto não é possível, em certos casos, ao ofendido, ou ao seu representante legal, apontar, desde logo, nominalmente, todos os responsáveis pela autoria do fato (ver *Revista Forense*, 1955, vol. 157, pág. 379).

Decadência  
do direito  
de queixa  
ou de re-  
presentação

*Art. 105. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação, se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3.º do art. 102, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 275, 277, parág. único, inciso final, e 281.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* alemão, art. 61; búlgaro, art. 56; etíope, art. 220; finlandês, cap. VIII, § 4.º; grego, art. 117; húngaro, art. 22, inc. I; italiano, arts. 124 e 128; norueguês, art. 80; português, art. 125, § 3.º; suíço, art. 29.

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 13. Decadência da queixa ou representação. 14. Prazo. 15. Como se conta. 16. Na ação privada subsidiária.

13. O artigo *supra* estabelece o lapso para a decadência do direito de queixa ou de representação, e disciplina o seu cômputo.

Concedendo ao particular, em circunstâncias especiais, já examinadas noutro comentário, a iniciativa da punição do crime, impõe-lhe o legislador a condição de prazo para agir, sob pena de decair do seu direito.

Evita-se, com isso, que o ofendido, trabalhado por ódios ou ranços de vingança, a que se não presta a majestade do ministério repressivo, possa prolongar, quanto queira, a ameaça da ação penal, mantendo sob indefinido constrangimento o ofensor, ou a esse preço alcançando, quiçá, vantagens e situações.

É uma restrição sábia e justa. E a prova de que o é está na universalidade da sua adoção.

---

mulher desquitada, conforme referência no texto, foi reconhecida, outrossim, sem exclusão do genitor que não tenha perdido o pátrio poder (*Revista Forense*, vol. 215, pág. 321).

14. Firmou o Código em seis meses o prazo, mas res-salvou disposição em sentido contrário, desde que expressa. Porque as injunções na fixação desse prazo podem oscilar de acordo com a natureza do crime, e, às vezes, até, por mo-tivos ou conveniências ocasionais.<sup>43</sup> Assim, uma das exceções é, no próprio Código, a ação penal no delito de adultério, exercitável dentro de um mês, somente, a contar de quando o cônjuge ofendido houve conhecimento do fato.<sup>44</sup>

Qualquer que seja, porém, a sua duração o prazo é pe-remptório. “Consuma-se pela simples inação do titular do di-reito durante o tempo marcado na lei”, assim o caracterizou o tribunal gaúcho. Nada o interrompe, nada o suspende, nem “erros, obstáculos judiciais, corolários lógicos dos mesmos”, conforme acentuado nessa decisão. O desembargador EPAMI-NONDAS PONTES, em estudo sobre Preclusão, versa, com segu-rança, o tema, demonstrando que “o prazo que corre entre a data do fato dado como criminoso e o início da ação penal é, obviamente, um prazo fatal, insusceptível de interrupção: não pode ser interrompido por um protesto, uma interpela-ção, nem pela confissão do indiciado, por exemplo”. “É prazo típico de preclusão”, adverte.<sup>45</sup>

15. Relativamente ao cômputo do prazo, o artigo encer-ra profunda modificação no direito positivo brasileiro, com o dilatar ao dia em que o ofendido vem a saber quem é o

<sup>43</sup> Concorde o ac. da 1.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal Federal in *Arq. Judiciário*, 1950, vol. 95, pág. 103.

<sup>44</sup> Cód. Penal, art. 240, § 2.º: “A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de um mês após o co-nhecimento do fato”.

<sup>45</sup> Ver *Revista Forense*, vol. 168, pág. 398, julgado da 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; EPAMINONDAS PONTES, *Preclusão*, Separata do vol. 38 do *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, 1967. Confirmando que a decadência do exer-cício do direito de queixa opera-se em prazo fatal, não o suspen-dendo a intercorrência das férias forenses, recusou-se a 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Alçada de Minas Gerais a convalidar, depois do pe-riodo de decadência, queixa crime oferecida por parte ilegítima. Nem

autor do crime o começo do período de decadência da sua queixa ou representação.

Vários são os critérios preconizados para a fixação desse termo: o da data do crime, adotado pelo Código anterior (art. 275), o da data da ciência do fato, preferido pelo Código italiano (art. 124), e o da data do conhecimento de quem é agente do delito. Defendem alguns os dois últimos critérios, combinados, como no Código alemão (art. 61, *in fine*).

Carece de importância prática a fundamentação de qualquer dos sistemas. Vantagens ou desvantagens, apuradas, dependerão menos do modo em si do que de condições outras, variáveis no tempo e no espaço.

Na vigência do Código de 1890, não era raro reclamar-se contra o diminuto prazo de seis meses aí estabelecido, para os crimes ditos sexuais. Podendo a vítima, conduzida pelas enganosas promessas do sedutor, ocultar, por algum tempo, *v. g.*, o defloramento, ainda que dele resultando a gravidez, sua melhor prova a olhos vistos, acontecia que numerosos delinqüentes escapavam à punição, graças à queixa criminal fora do prazo, por ignorância ou desatenção à norma legal, ou mesmo, quantas vezes, pelo tardio conhecimento do fato e do seu autor. Mas alongar demasiado o prazo seria colocar em mão de pais inescrupulosos um precioso instrumento para perseguições ou extorsões, colhendo nas malhas de processo criminal quem nada devesse à ofendida, e arrastando, algumas vezes, o Ministério Público a essa aventura, em que nem sempre, infelizmente, transluz a inocência do querelado.

---

o instrumento de mandato sem poderes especiais (art. 44 do Cód. de Processo Penal) — assentou o Supremo — pode ser retificado fora do prazo legal de decadência (art. 38), não se aplicando à hipótese, como o entendera o Tribunal de Alçada Paulista, os arts. 568 e 569, do mesmo Código. *Revista Forense*, vol. 215, pág. 318, e *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 8, pág. 144, respectivamente. — “O prazo de seis meses fixado nos arts. 105 do Cód. Penal e 38 do Cód. Processo Penal é fatal e improrrogável, insusceptível de suspensão ou interrupção”, eis parte da ementa de ac. do Supremo, *Diário de Justiça* de 23 de julho de 1964.



Tais inconvenientes, focalizados do ponto de vista da ação penal nos crimes contra a honestidade das famílias, porque mais constantes nesse capítulo, teriam, provavelmente, levado o legislador a mudar, da data do crime para a do conhecimento de quem o agente, o termo inicial do lapso de decadência. A inovação favorece, sem, dúvida, o queixoso, e se diminui os imprevistos da perda do prazo, não afasta, contudo, os outros inconvenientes apontados.

A aplicação da regra do Código não oferece, em suma, maiores dificuldades, tão simples é. Nem sempre, porém, será, pacífica a comprovação do momento em que o querelante veio a saber quem foi o autor do crime.<sup>46 - 47</sup>

<sup>46</sup> Suscita dúvidas o critério a adotar para início do prazo de decadência quando o caso é de denúncia mediante queixa, não do ofendido, mas do seu *representante legal*, visto que pode não coincidir a data em que um e outro tiveram ciência de qual o autor do crime. Pelo critério de lapsos distintos, se diferente essa data, opinaram a 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nas apelações criminais ns. 1.673 e 1.962, e o Supremo Tribunal Federal, no recurso de *habeas corpus* n.º 30.765, de Minas Gerais, sendo vencido na primeira das decisões o desembargador SÁ E BENEVIDES, para quem a ocultação do fato pelo ofendido ao seu representante legal não poderá, evidentemente, reverter em seu benefício, para suspensão do curso do prazo (*Arq. Judiciário*, 1949, vol. 90, págs. 463 e 464, e vol. 92, pág. 336). Ainda: ocorrendo a hipótese do art. 33 do Cód. de Proc. Penal, isto é, designação de *curador especial* para exercer o direito de queixa em nome do menor, nas circunstâncias que o mesmo artigo especifica, entendeu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que o prazo só começa a correr da data da nomeação do referido curador (*in Revista Forense*, 1950, vol. 131, pág. 267).

Por decisão de maio de 1964, no R.H.C. n. 40.643, o Supremo Tribunal apreciou a hipótese de uma representação oferecida três anos depois do fato, sob a alegação, é evidente, de que somente então a mãe queixosa houvera conhecimento do desvirginamento de sua filha, que tinha treze anos na data do crime. Descrendo, pelas circunstâncias convergentes, de que pudesse ter ocorrido, durante tão largo período, tal ignorância, e atendendo, também, a que o registro do nascimento da ofendida se fizera para o exclusivo fim da representação, o Supremo concedeu, por maioria de votos, a ordem, transando o processo (*Diário da Justiça*, 23 de julho de 1964).

<sup>47</sup> Permitindo o Cód. de Proc. Penal (art. 34) que o direito de queixa do menor de 21 anos e maior de 18 anos seja exercido por



Ocorre-nos, a propósito, o exemplo da injúria em carta, endereçada pelo correio ou portador. Três datas diferentes poderiam ser tomadas como o ponto de partida para o prazo da decadência do direito de queixa: a data que figurasse na carta, como aquela em que foi escrita; a data da remessa; a data em que a carta chegou a destino. Pelo nosso Código, é evidente que a última data seria a base para o cômputo do prazo, porque nesse dia teve o ofendido conhecimento de quem é o autor. Como, entretanto, o que importa é, precisamente, a ciência de qual o agente do crime, se a carta em apreço revestir o anonimato, já o prazo não correrá da data em que a recebeu o ofendido, mas da data em que identificou o seu autor.<sup>48</sup>

16. O mesmo prazo de seis meses vigora para a ação privada subsidiária, isto é, intentada em falta de denúncia do Ministério Público, no prazo legal, nos crimes de ação pública. A natureza e conseqüências dessa intervenção supletiva foram, já, apreciadas no lugar próprio. Cabe aqui somente o registro de que, voltando à hipótese, fá-lo o legislador para dispor sobre o dia do começo do prazo da decadência, que outro não podia ser senão o em que se esgotou o lapso marcado ao Ministério Público para a denúncia. É o esclarecimento constante do artigo, que o anteprojeto NÉLSON HUNGRIA, aliás, suprime, justo porque elimina, de plano, a ação privada subsidiária.

---

<sup>48</sup> De acordo MAGALHÃES NORONHA: "Não oferecem dificuldades casos como o da carta injuriosa, a saber se o prazo é contado da data em que foi escrita ou da remessa ou do recebimento pelo ofendido, pois é este, pelo Código, o dia do início, compreendendo-se facilmente que, na hipótese de anonimato, o prazo comece a correr na data em que ele identificou o ofensor." (Ver: *Direito Penal*, 1.º vol., 5.ª ed., 1968, pág. 364).

---

ele ou por seu representante legal, criou, evidentemente, dualidade de titulares, cujos direitos são autônomos, correndo, portanto, diversos prazos de decadência: ac. de 1-4-52, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in *Revista Forense*, 1952, vol. 142, pág. 421.

Renúncia  
expressa ou  
tácita, do  
direito de  
queixa

**Art. 106.** *O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.*

**Parág. único.** *Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos: alemão, art. 64; dinamarquês, art. 92, letra b; etíope, arts. 221 e 222; finlandês, cap. VIII, § 4.º; grego, art. 117, in fine; italiano, arts. 124 (2.ª parte) e 125; suíço, art. 28, in fine.*

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 17. Renúncia expressa ou tácita. 18. Comunicabilidade da renúncia aos vários querelados.

17. Distingue o Código duas formas de renúncia do direito de queixa, a renúncia *expressa* e a *tácita*.

A primeira, expressa como é, deve constar de declaração inequívoca, revestida de formalidades que lhe imprimam validade.

A renúncia *tácita*, define-a o legislador como a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa. É óbvio que não poderia a lei relacionar esses atos, devido à sua multiplicidade, como à sua variável significação.

Em cada caso concreto, e sem desprezo pelos usos locais, é que se apurará se o comportamento do ofendido implica a intenção, embora recôndita, de desistir da queixa.<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Exige o Cód. Processual, art. 50, que a declaração de renúncia seja assinada pelo ofendido, seu representante legal ou procurador com poderes especiais. O Tribunal de Justiça de São Paulo por suas

A lei espanhola das Partidas, dispondo sobre o perdão nos crimes contra a honra, admitia-o também *expresso* ou *tácito*, e, como perdão *tácito*, considerava qualquer ato amistoso, como, por exemplo, comerem e beberem juntos o ofensor e o ofendido.<sup>50</sup> Comerem, beberem, *jogarem* juntos, acrescentou CHASSANT. Ainda, a seu ver, o ofendido apertar familiarmente a mão do ofensor, saudá-lo, conversar com ele, tudo é sinal de que esqueceu e perdoou a ofensa.<sup>51</sup> A renúncia da queixa está subentendida, em tais hipóteses.

A matéria, entretanto, requer cauteloso exame, na prática. É que os encontros meramente casuais, motivados por circunstâncias fortuitas, a companhia não provocada ou não estimada, mas tolerada por deveres de educação social, não caracterizam uma renúncia. Aquele mesmo aperto de mão, o leve inclinar de cabeça, em cumprimento, dentro de um salão de sociedade, a participação na conversação geral, serão, conforme situações ou ocasiões, atos de pura civilidade, em que não haveria surpreender atitudes ou desígnios que comprometam o exercício do direito de queixa.

O mesmo CHASSANT figura, para escusar, o império das circunstâncias e conveniências, reunindo ofensor e ofendido entre vários convivas de um anfitrião. Não se deve, com efeito, emprestar a tal contingência o valor de uma renúncia do ofendido, salvo, é claro, a concorrência, no caso, de

---

<sup>50</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, t. 1.º, Madri, 1922, pág. 46.

<sup>51</sup> CHASSANT, *Traité des Délits et Contraventions de la Parole, de l'Ecriture et de la Presse*, vol. 1.º, Colmar, 1837, pág. 378.

---

Câmaras Criminais Conjuntas (ac. de 20 de dezembro de 1955, *Revista Forense*, vol. 168, pág. 375) recusou admitir como ato de renúncia o comportamento do pai da ofendida, que deixou de indicar novas testemunhas, quando retornaram os autos à polícia, alegando não o poder fazer, porquanto, em salvaguarda da honra da filha, escusara-se de relatar a pessoas estranhas o fato determinante da queixa.

outros fatores, indiciários de um propósito de perdão ao agravo.<sup>52</sup> - 53 - 54

18. Não esclarece o artigo se, no caso de serem vários os autores do delito, a renúncia do direito de queixa, visando a determinado agente, alcança os demais.

Procede a dúvida, porquanto, no preceito seguinte, em que regula o perdão do ofendido, teve o legislador o cuidado de especificar a sua extensibilidade a todos os querelados, ainda que concedido a um só (art. 107, § 1.º, n.º 1).

Ora, se desse ponto de vista fossem idênticos os efeitos atribuídos à renúncia e ao perdão, não se justificaria menção expressa, num caso, e, noutro, completa omissão.

O Código argentino, por que tanto se modelou o nosso, negou à renúncia da queixa o efeito extensivo que explicitamente reconheceu ao perdão.<sup>55</sup> A coincidência dá a impressão de que o legislador pátrio se inspirou nesse exemplo.

Apreciando o fato, entendeu SOLER que o Código argentino excluiu o princípio da comunicabilidade, no caso de re-

---

<sup>52</sup> No Código italiano, uma das formas de renúncia tácita, como de perdão tácito, nos crimes de injúria e difamação, em que se não admite a prova da verdade ou notoriedade do fato, é em determinadas circunstâncias, o apelo que ofendido e ofensor fazem a um tribunal de honra, para o julgamento da verdade do mesmo fato. O recurso, porém, deve ser anterior à sentença irrevogável (arts. 596 e 597).

<sup>53</sup> O Trib. de Justiça do Rio G. do Sul, por sua 1.ª Câmara Criminal, considerou renúncia tácita ao direito de queixa haver o querelante por difamação e injúria assinado, espontaneamente, na Delegacia de Polícia, "termo de bem viver", no qual querelante e querelados se comprometeram, sob palavra de honra, a viverem em harmonia (*Revista Forense*, 1953, vol. 165, pág. 349).

<sup>54</sup> O anteprojeto NELSON HUNGRIA elimina todo o parágrafo único deste art. 106, preferindo silenciar sobre a noção de "renúncia tácita". Mantém, contudo, a referência da cabeça do artigo, admitindo por conseguinte, ao lado da renúncia expressa, a renúncia tácita.

<sup>55</sup> Art. 69, *in fine*.

núncia, consagrando essa comunicabilidade somente no caso de perdão.<sup>56</sup>

Os que se decidem pelo critério extensivo argüem que o Estado, quando admite, em certos crimes, a ação privada, não deve sujeitar-se ao arbítrio particular, ao ponto de tolerar que um, dentre diversos indiciados, seja o preferido pelo ofendido, para somente sobre ele fazer recair a sua queixa.

Os partidários da solução restritiva pensam não ser razoável obrigar o particular, a quem se confiou a faculdade da ação penal, a dirigir a sua acusação contra alguém, de cujo veraz arrependimento, por exemplo, tenha ciência. Ao passo que, oferecida a queixa, em curso a ação penal, e já comprometida no processo a autoridade do Estado, recusar ao perdão do querelante comunicabilidade a todos os querelados seria propiciar ao ofendido transigir, em separado, com o perdão, deferido a uns e não a outros, assim desigualmente tratados em relação ao mesmo crime, já comprovado.

O dissídio não interessará, entre nós, senão sob o aspecto doutrinário, pois o Cód. de Proc. Penal insere, em relação à renúncia da queixa, a consequência que o Cód. Penal, como visto somente declarara quanto ao perdão.<sup>57</sup>

Inadvertência ou propósito da lei substantiva, supriu-lhe a falta ou lhe anulou a intenção a lei adjetiva.

Perdão do  
ofendido

*Art. 107. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.*

*§ 1.º O perdão, no processo, ou fora dele, expresso ou tácito:*

*I — se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;*

<sup>56</sup> SEBASTIÁN SOLER, ob., vol. e ed. cit., pág. 461.

<sup>57</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 49: "A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá". Invocando, precisamente, tal disposição processual, e, mais, o art. 48, que decreta a *indivisibilidade* da queixa, por forma que, proposta esta contra qualquer dos autores do crime, obrigará

*II — se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;*

*III — se o querelado o recusa, não produz efeito.*

§ 2.º *Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.*

§ 3.º *Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 77 e 281, parág. único.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* argentino, art. 69; grego, art. 120; italiano, arts. 152, 154 e 155; mexicano, art. 93; português, art. 125, § 11; suíço, art. 31; uruguaio, arts. 110 a 112, 114 e 115; venezuelano, art. 106.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 19. Perdão do ofendido. 20. Consentimento e perdão. 21. Perdão limitado à ação. 22. Perdão processual ou extra-processual, expresso ou tácito. 23. Aceitação e recusa. 24. Extensibilidade do perdão.

19. O perdão do ofendido é uma das causas de extinção da punibilidade, e como tal o inscreve o Código, no art. 108, n.º V.

Aqui, dispõe-se sobre a extensão, espécies, formas, requisitos, consequências, etc., do perdão. É uma norma de orientação e esclarecimento.

Visto o art. 107 no conjunto dos seus parágrafos e números, conclui-se que o legislador adota o instituto nos seguintes termos, tão claros que dispensam interpretação:

---

ao processo de todos, o ministro ADALÍCIO NOGUEIRA deu pela extinção da punibilidade na forma do art. 108, inc. V do Código, por isso que o querelante, não incluindo na sua acusação, um dos infratores, evidenciara, quanto a este, renúncia tácita, favorecendo, com a sua desistência, os demais (ac. de 20 de novembro de 1967, da 2.ª Turma. *Rev. Trimestral de jurisprudência*, vol. 43, pág. 826).



- perdão somente nos crimes de ação privada;
- limitado à ação;
- perdão processual, ou extraprocessual;
- em qualquer dessas hipóteses, por forma expressa ou tácita;
- dependente da aceitação do querelado;
- extensivo a todos os querelados, não obstante dirigido a um, ou alguns;
- insuscetível de prejudicar o direito de ação de quem não o concedeu.

20. Cumpre, preliminarmente, distinguir do *perdão do ofendido o consentimento* dado ao delinqüente, para cometer o crime. São situações distintas, e diversos os efeitos. Mostra-o o Prof. GONZÁLEZ DE LA VEGA, nos disertos comentários ao Código mexicano.<sup>58</sup>

O *consentimento do ofendido* é ato anterior ou concomitante ao crime, enquanto o perdão, judicial ou extrajudicial, vem depois do fato, para anular, exatamente, as suas conseqüências penais.

Pelo consentimento, a pessoa a quem o crime prejudicará concorda com a sua prática, ou a autoriza. Pelo perdão, esquece a ofensa, feita, aliás, à sua revelia, ou contra a sua vontade.

21. Não contente de declarar, na parte final do artigo, que o perdão do ofendido *obsta ao prosseguimento da ação*, omitindo qualquer referência ao seu efeito sobre a pena, ainda o legislador prescreve, no § 3.º do mesmo artigo, a inadmissibilidade do perdão depois que a sentença condenatória transita em julgado.

Assim, é inquestionável que não há perdão da pena imposta, mas perdão da ofensa, quando em curso a ação penal.

---

<sup>58</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, *El Código Penal Comentado*, México, 1939, pág. 157.

A munificência do ofendido, para prevalecer, precisa vir antes da sentença.<sup>59</sup>

Entende-se que a condenação criminal, definitiva, cria para o Estado o direito de executá-la, corolário do seu direito de punir. Ao indivíduo, a quem se facultou o exercício da ação penal, não será lícito intervir, a esta altura, para impossibilitar que se cumpra a vontade punitiva do Estado, concretizada num veredicto que é a sùmula dos elementos de convicção sobre a existência do delito e a sua autoria.

Se há um poder individual de disponibilidade da ação, não há o mesmo poder em relação à pena já decretada.

Nesse pressuposto, o Código admite que o perdão seja concedido, até que a sentença se torne executável. Marca assim, perfeitamente, o ponto em que se tocam o interesse particular e o interesse público, e em que este não mais transige com a necessidade da punição.<sup>60</sup>

Há, todavia, exceção, quanto ao crime de adultério, em que se permite o perdão mesmo depois da condenação do culpado. São exemplos, entre outros, o Código mexicano, art. 276, e o italiano, este também em relação ao delito de concubinato, autonomamente configurado (arts. 559, 560 e 563).

Justifica-se a exceção pela natureza do crime, pela peculiaridade de somente ao cônjuge ofendido, e ninguém mais competir a ação penal, e, sobretudo, pelo princípio universal da validade da reconciliação nas desarmonias conjugais, a

---

<sup>59</sup> O Código mexicano, art. 93, n.º II, somente permite o perdão até a promoção final do Ministério Público no processo. O projeto (art. 84, n.º II) dilata o prazo até antes da sentença.

<sup>60</sup> Sobre a matéria, não houve conformidade nos Códigos brasileiros de 1830 e 1890. Aquele, admitindo o perdão nos *crimes particulares* em que, ademais, não coubesse a ação da justiça (art. 67), tornava-o válido *antes ou depois da sentença*. O Código de 1890 diferenciava: o perdão alcançava a ação e a pena, mas, nesta última hipótese, somente se o condenado o aceitasse (arts. 71, n.º 3, 72 e 77).

qualquer tempo, e em quaisquer circunstâncias, ainda que levado o caso até a justiça penal.<sup>61</sup>

22. Diz-se *processual* o perdão concedido no próprio processo, de que é parte integrante, por termo nos autos. É a forma mais solene, pela sua maior significação, e, quicá, maior publicidade.

*Extraprocessual* é o perdão concedido fora do processo, por declaração particular, que produzirá efeito junto aos autos. Essa declaração deve ser subscrita pelo ofendido, ou por seu representante legal, ou por procurador munido de poderes especiais (art. 56 do Cód. de Proc. Penal, combinado com o art. 50).

É o perdão extraprocessual, na sua forma de *expresso*: qualquer documento particular, — uma declaração, uma carta, — terá validade, desde que em termos inequívocos, da intenção de perdoar. Não há mister de solenidades especiais, nem se exige escritura pública. Deve, porém, revestir as formalidades extrínsecas que dão autenticidade a um documento de caráter particular. Assim, o reconhecimento da firma de quem concede o perdão é requisito essencial.

No processo, ou fora do processo, o perdão pode ser, em lugar de expresso, *tácito*. O conceito de *perdão tácito* é o mesmo que o Código nos oferece de *renúncia tácita*, no dispositivo anterior: ali, a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa (art. 106, parág. único); aqui, incompatível com a vontade de prosseguir na ação (art. 107, § 2.º).<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Cód. Civil brasileiro, art. 323. “*Seja qual for a causa do desquite e o modo como este se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal nos termos em que fora constituída, contanto que o façam, por ato regular, no juízo competente*”.

<sup>62</sup> É oportuno consignar que o anteprojeto HUNGRIA, ao tempo em que conserva o § 2.º do art. 107 do Código, em que se configura o perdão tácito, suprime o parágrafo único do artigo anterior, em que se define, presentemente, a renúncia tácita. O Projeto português, EDUARDO CORREIA, mantém a figura da renúncia tácita, repre-

Já vimos, sobre a renúncia, eventualidades com que pode defrontar o ofendido, ao ponto de lhe ser razoavelmente atribuído o propósito de olvido do agravo.

Desnecessário repetir considerações, que tanto se aplicam à renúncia, como ao perdão, quando tácitos.

23. Ao contrário da renúncia do direito de queixa, que é ato unilateral, independendo da aceitação do beneficiário, o perdão é ato bilateral, consistindo numa *oferta*, por parte do querelante, e na *aceitação*, por parte do querelado.<sup>63</sup>

Sem esse mútuo entendimento, é nenhum o seu efeito. *Invito non datur beneficium*.

Aceitação e recusa devem ser, em regra, expressas, de modo que não ocorra nenhuma dúvida sobre a real intenção de quem recebe o favor. Mas nada impede que sejam, também, por forma tácita. O Código italiano (art. 155) considera recusa tácita a prática de atos incompatíveis com a vontade de aceitar o perdão.

Prevê o legislador processual, no art. 58, a aceitação *expressa* e a *tácita*. Aquela, manifestada pelo querelado dentro de três dias, da data em que foi intimado a dizer sobre a concessão do perdão. Silenciando no tríduo, compreende-se que aceitou. Vê-se, assim, que ao perdão expresso pode corresponder uma aceitação tácita.<sup>64</sup>

Assim como é absoluto o perdão, há de ser incondicional a sua aceitação. Aceita-se o perdão, como é oferecido, sem reservas ou cláusulas, ou se faz depender de alguma condição a aceitação, e, neste caso, o que há é recusa.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> NÉLSON HUNGRIA, *Extinção da Punibilidade em Face do Novo Código Penal in Revista Forense*, 1941, vol. 87, pág. 590.

<sup>64</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 58: "Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação".

<sup>65</sup> BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. 1.<sup>o</sup>, Rio, 1929, pág. 171, nota 134-c.

sentando-a como a prática de atos incompatíveis com a vontade de exercer o direito de queixa.

Mas o querelado, ao rejeitar, não está obrigado a expor os fundamentos ou razões do ato. Compeli-lo a isso seria constrangê-lo a publicar, talvez, motivos de ordem íntima, e respeitáveis, além de se tornarem mais tensas, possivelmente, as suas relações com o querelante.

24. Nos ns. I e II do § 1.º, estabelece o Código o preceito de que o perdão concedido a um dos querelados a todos aproveita e o de que o perdão outorgado por um dos ofendidos não prejudica o direito dos outros.

Num caso, pluralidade de agentes, unidade ou pluralidade de ofendidos; noutro caso, pluralidade de ofendidos, unidade ou pluralidade de agentes.

Assim dispondo, o legislador iguala, por um lado, a sorte dos querelados, no que concerne ao perdão do querelante, e, por outro lado, assegura o exercício do direito de agir aos ofendidos que não houverem perdoado.

Se o crime feriu a vários indivíduos, irmanando-os na reação, não lhes pode impor a lei que sejam, também, solidários na piedade para com o ofensor. O perdão não é mercê coletiva, e sim individual. Quem quiser concedê-lo é livre de o fazer, mas o benefício não afeta o direito dos outros ofendidos. Qualquer desses, apesar do perdão, pode proceder contra o ofensor, para sua punição. Admitir o contrário seria conferir ao ofendido que perdoou uma situação de árbitro exclusivo da punição, quando no mesmo plano de interesse por essa punição estão outros, também agravados pelo crime.

O mesmo pensamento restritivo dos poderes do ofendido inspira a norma de que o perdão concedido a um dos querelados a todos aproveita. A faculdade de perdoar está implícita na de promover a punição. Seria contraditório autorizar o ofendido a agir em seu desagravo, e negar-lhe liberdade para não agir, ou para perdoar ao ofensor. Mas se, no crime de que vários participaram, a responsabilidade pela autoria é comum, não assiste à lei proteger a uns, e a outros desamparar, criando o privilégio dos perdoados, sobre os não-perdoados, assim o entenda o querelante.





## TÍTULO VIII

## DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Da extinção  
da punibili-  
dade

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 71 e 72.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* argentino, art. 59; búlgaro, art. 50; chileno, art. 93; dinamarquês, art. 92; espanhol, art. 112; húngaro, art. 24; norueguês, art. 66; português, arts. 125 e 126.

**BIBLIOGRAFIA.** M. MANGIN, *Traité de l'Action Publique et de l'Action Civile en Matière Criminelle*, Paris, 1837; E. TRÉBUTTEN, *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, Paris, 1854, págs. 59, 86 a 89 e 330 a 362, do vol. 1.º, e 144 a 156, do vol. 2.º; BERTAULD, *Cours de Code Pénal et Leçons de Législation Criminelle*, 3.ª ed., Paris, 1864, págs. 461 a 583; MATTEO PESCATORE, *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*, Turim, 1865, vol. 2.º, págs. 1 a 63; BECCARIA, *Des Délits et des Peines*, 2.ª ed., Paris, 1870, págs. 74 a 81 e 126 a 131; CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870, vol. 2.º, págs. 1.154 a 1.162, 1.166, 1.168, 1.172 e 1.173; ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, 4.ª ed., Paris, 1875, vol. 2.º, págs. 326 a 381; F. CARRARA, *Programme du Cours de Droit Criminel fait à l'Université de Pise*, parte geral, trad. de PAUL BARET, Paris, 1876, págs. 287 a 294; BOITARD, *Leçons de Droit Criminel*, 11.ª ed., Paris, 1876, págs. 788 a 801; HAUS, *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, 3.ª ed., Paris, 1885, vol. 2.º, págs. 209 a 297 e 472 a 552; IMPALLOMENI (GIOVAN BATISTA), *Il Codice Penale Italiano*, Florença, 1890, págs. 313 a 347; LOUIS PAOLI, *Le Code Pénal d'Italie et son Système Pénal*, Paris, 1892, págs. 136 a 140; R. GAROFALO, *La Criminologie*, 3.ª ed., Paris, 1892, págs. 397 a 402; M. C. DE OLIVEIRA ESCOREL, *Código Penal Brasileiro*, São Paulo, 1893; L. LUCCHINI, *Elementi di Procedura Penale*, Florença, 1895, págs. 105 a 119 e 412 a 420; FERDINANDO PUGLIA, *Manuale Teorico-pratico di Diritto Penale*, 2.ª ed., Nápoles, 1895, vol. 1.º págs. 317 a 345, e vol. 2.º, pág. 163;

ADOLPHE GASGOIN, *De l'Influence dans la Législation Romaine des Distinctions Personnelles aux Auteurs de Crimes ou Délits en Matière Pénale Ordinaire*, Paris, 1895, págs. 28, 48 e 80; M. CÍCERO PEREGRINO DA SILVA, *Da Admissibilidade da Prescrição em Matéria Penal*, Recife, 1896; VIVEIROS DE CASTRO, *Sentenças e Decisões em Matéria Criminal*, Rio de Janeiro, 1896, págs. 148 a 161 e 207 a 215; e *Questões de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1900, págs. 175 a 198; ÁLVARO VILELA, *A Revisão no Processo Criminal*, Coimbra, 1897; ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1897; LIMA DRUMOND, *Estudos de Direito Criminal*, Rio de Janeiro, 1898, págs. 59 a 82; C. MOYANO GACITÚA, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1899, págs. 402 a 412; PAULA PESSOA, *Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil*, Rio de Janeiro, 1880; RICARDO RODRÍGUEZ, *El Procedimiento Penal en México*, 2.<sup>a</sup> ed., México, 1900, pág. 265; JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira. Comentários*, Rio de Janeiro, 1902, págs. 131 a 133 e 348; MANUEL OBARRIO, *Curso de Derecho Penal*, nova edição, Buenos Aires, 1902, págs. 382 a 393; MOURA ROMEIRO, *Dicionário de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1905; FILINTO BASTOS, *Breves Lições de Direito Penal*, Bahia, vol. 1.<sup>o</sup>, 1906, págs. 299 a 310, e vol. 2.<sup>o</sup>, 1911, pág. 146; THÉODORE MOMMSIN, *Le Droit Pénal Romain*, trad. de J. DUQUESNE, Paris, 1907, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 143, 166 a 175 e 431; R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, Paris, 1907, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 455 a 467; e *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1913, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 339; 1914, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 446 e 536 a 674; *Précis de Droit Criminel*, 14.<sup>a</sup> ed., Paris, 1926, págs. 438 a 458 e 671 a 699; HIDALGO GARCÍA (JUAN ANTONIO), *El Código Penal Conforme a la Doctrina Establecida por el Tribunal Supremo*, Madri, 1908, t. 1.<sup>o</sup>, págs. 454 a 477; RODOLFO RIVAROLA, *Derecho Penal Argentino*, parte geral, Buenos Aires, 1910, págs. 597 a 617; HERRERA, *La Reforma Penal*, Buenos Aires, 1911, págs. 595 a 604; A. PRINS, *Ciência Penal e Direito Positivo*, trad. de HENRIQUE DE CARVALHO, Lisboa, 1915, págs. 517 a 540; SANTIAGO LAZO, *Los Códigos Chilenos Anotados (Código Penal)*, Santiago, 1915; EDGAR COSTA, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, 1916, págs. 101 a 109; e *Consolidação das Leis do Processo Criminal do Distrito Federal*, Rio de Janeiro, 1919, pág. 179; ENRIQUE PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de H. GONZÁLEZ DEL CASTILLO, 3.<sup>a</sup> ed., anotada por CUELLO CALÓN, Madri, 1919, págs. 734 a 787; LUÍS EUGÊNIO DE MORAIS COSTA e AGENOR FRANCISCO DE MACEDO, *Noções de Direito Criminal (Curso Lima Drumond)*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1919, págs. 52 e 77 a 102; OSCAR DE MACEDO SOARES, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Comentado*, 6.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro; A. MERKEL, *Derecho Penal*, trad. do alemão por P. DORADO, Madri, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 349 a 364; E. FLORIAN-A. POZZOLINI-A. ZERBOGLIO-P. VIAZZI, *Trattato di Diritto Penale*, Milão,

vol. 1.<sup>o</sup> (*Dei reati e delle pene in generale*, E. FLORIAN), págs. 399 a 460; JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, *O Processo Criminal Brasileiro*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1920, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 509 a 520; KENNY, *Esquisse du Droit Criminel Anglais*, trad. de ADRIEN PAULIAN, Paris, 1921, págs. 514 e 626; CAMPOS MAIA, *Delitos da Linguagem Contra a Honra*, São Paulo, 1921, págs. 149 a 171; JOSÉ PECO, *La Reforma Penal Argentina*, Buenos Aires, 1921, págs. 475 a 493; *La prescripción en el Código Penal argentino y especialmente la interrupción de la prescripción de la acción*, in *Rev. Penal Argentina*, Buenos Aires, 1922, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 284 a 288; e *La Reforma Penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936, págs. 193 a 203; C. DEGOIS, *Traité Élémentaire de Droit Criminel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1922, págs. 395 a 407 e 526 a 539; PIMENTA BUENO, *Aparentamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1922, págs. 255 a 262; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, Madri, 1922, vol. 1.<sup>o</sup>, curso 1916-1917, pág. 30; *Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madri, 1924, págs. 247 e 288 a 295; *El Derecho Penal en la República del Peru*, 1926, pág. 54; *Crónica del Crimen*, Madri, 1929, págs. 194 a 205; *Proceso Histórico de la Constitución de la República Española*, Madri, 1932, págs. 419 a 433; e *Código Penal Reformado*, Madri, 1934; QUINTILIANO SALDAÑA, *El Futuro Código Penal*, Madri, 1923, págs. 41 e 43 e 81 e 82; e *Nova Criminologia*, trad. do francês por ALFREDO ULSON e V. DE ALCÂNTARA CARREIRA, São Paulo, págs. 68 e 69; LUÍS GONZAGA TEIXEIRA DE MAGALHÃES, *Manual do Processo Penal*, Coimbra, 1923, págs. 717 a 735; OCTAVIO GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1925, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 235 a 323; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Da Suspensão Condicional da Pena*, Rio de Janeiro, 1926, págs. 135 e 136; F. GOYET, *Le Ministère Public en Matière Civile et en Matière Répressive et l'Exercice de l'Action Publique*, 1926, Paris, págs. 262 a 270 e 432 a 438; AD. BRAAS, *Traité Élémentaire de Droit Pénal*, Liège, 1927, págs. 239 a 253; J. A. ROUX, *Cours de Droit Criminel Français*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, vol. 1.<sup>o</sup> (*Droit Pénal*), págs. 493 e 494 e 504 a 534, e vol. 2.<sup>o</sup> (*Procédure Pénale*), págs. 207 a 226; GOEDSEELS, *Commentaire du Code Pénal Belge*, Bruxelas, 1928, págs. 17, 182 a 193, 488 e 532; SÍLVIO RANIERI, *L'Azione Penale — Contributo alla Teoria dell'Azione nel Diritto Processuale Penale*, Milão, 1928, págs. 147 a 152; JUAN P. RAMOS, *Curso de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1928, vol. 4.<sup>o</sup> (*Doctrina y legislación positiva*), págs. 425 a 438; L. F. CARPENTER, *O Direito Processual no Império*, in *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos*, Rio de Janeiro, 1923, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 189; DONNEDIEU DE VABRES, *La Justice Pénale d'Aujourd'hui*, Paris, 1929, págs. 185 a 216; ANTÔNIO BENTO DE FARIA, *Anotações Teórico-práticas ao Código Penal do Brasil*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1929, vol. 1.<sup>o</sup>; MOISÉS A. VIEITES, *Como Debe Ser la Llamada Ley Penal*, Havana, 1929, págs. 168 a 172; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de JIMÉNEZ DE ASÚA, da 20.<sup>a</sup> ed. alemã, 2.<sup>a</sup> ed.,

Madri, 1929, vol. 3.º, págs. 393 a 446; E. CUELLO CALÓN, *El Nuevo Código Penal Español (Exposición y comentario)*, Barcelona, 1929, vol. 1.º, págs. 252 a 275; *El Derecho Penal de Rusia Soviética*, Barcelona, 1931, págs. 101 a 103; *Exposición del Código Penal Reformado de 1932*, Barcelona, 1933, págs. 185 a 199; EUSÉBIO GÓMEZ, *Doctrina Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1929, págs. 143 a 152; *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939, vol. 1.º, págs. 676 a 692; vol. 2.º, pág. 300, e vol. 3.º, 1940, pág. 74; AFONSO DIONÍSIO GAMA, *Código Penal Brasileiro*, Anotado, 2.ª ed., São Paulo, 1929, pág. 121, *in fine*; VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, *Projeto de Código Penal Brasileiro, Exposição de motivos sobre a parte geral*, Rio de Janeiro, 1930, págs. 128 a 133; COSTA CRUZ, *Curso Elementar de Prática do Processo Criminal*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1930, págs. 82 a 85; F. WHITAKER, *Condenação Condicional*, Rio de Janeiro, 1930, págs. 11, 25, 30 e 158; EDWARD JENKS, *El Derecho Inglés*, trad. de J. PANIAGUA PORRAS, Madri, 1930, págs. 128 e 129; BRONISLAW WROBLEWSKI, *Principes fondamentaux de la politique pénale*, in *Études Criminologiques*, Paris, 1930, n.º 4, págs. 122 e 123; MELQUIADES PISCANÇO, *A prescrição em matéria criminal*, in *Arq. Judiciário*, 1931, vol. 17, págs. 141 a 144 do suplemento; VICENTE PIRAGIBE, *Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil*, São Paulo, 1931, 1.º e 2.º vols.; 1934, 1.º suplemento; e 1937, 2.º suplemento; *Legislação Penal do Brasil e do Estrangeiro*, São Paulo, 1932, vol. 2.º (*Codificação Penal*); *Consolidação das Leis Penais*, Rio, 1933; MONIZ SODRÉ, *Curso de Direito Criminal*, São Paulo, 1934, vol. 1.º, págs. 159 a 164; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Crime, Dano, Reparação*, São Paulo, 1934, págs. 40 e 134; OTTORINO VANNINI, *Il Codice Penale Illustrato Articolo per Articolo*, direção do professor Ugo CONTI, Milão, 1934, vol. 1.º, págs. 615 a 723; VIDAL e MAGNOL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8.ª ed., Paris, 1935, págs. 676 a 704; 9.ª ed., Paris, 1949, t. I, págs. 812 a 852, t. II, págs. 990 a 1.032; ANTÔNIO SIMÕES CORREIA, *Código Penal Português Atualizado*, 2.ª ed., Lisboa, 1935; PAUL CUCHE, *Précis de Droit Criminel*, 6.ª ed., Paris, 1936, págs. 231 a 242 e 277 a 281; LUTZ ROSENGART, *La prescription de l'action publique en droit français et allemand*, Paris, 1936; TOMASO NAPOLITANO, *La Política Criminal Soviética*, 2.ª ed., Pádua, 1936, págs. 36 e 37, 103 e 104 e 120 e 121; INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, *Questões Práticas de Direito Penal*, Porto Alegre, 1936, págs. 436 a 456; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, Salamanca, 1937, págs. 419 a 428; RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, México, D. F., 1937, *parte general*, págs. 385 a 394; 8.ª ed., 1967; JORGE E. COLL Y EUSÉBIO GÓMEZ, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 1937; J. AURELIANO CORREIA DE ARAÚJO, *O Projeto do Código Criminal do Brasil*, Recife, 1937, págs. 30, 61 e 62; NYPÉLS-SERVAIS, *Le Code Pénal Belge Interprété Principalement au Point de Vue de la Pratique*, 3.ª ed., Bruxelas, 1938, t. 1.º (*Droit Pénal Génér-*

ral), págs. 373 a 407; A. J. DA COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, 1938, vol. 2.º, págs. 335 a 434; ALCÂNTARA MACHADO, *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, São Paulo, 1938, *Exposição de motivos*, págs. 11 a 30; *O Projeto do Código Criminal perante a crítica*, in *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, 1939, vol. 35, fasc. 1, págs. 39 a 96; *Para a História da Reforma Penal Brasileira*, Rio de Janeiro, 1941; RENATO PAIS DE BARROS, *Da prescrição da ação penal*, in *Justitia*, São Paulo, 1939, vol. 1.º, fasc. 1.º, págs. 9 a 12; FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA, *El Código Penal Comentado y la Reforma de las Leyes Penales en México*, México, 1939; ENRICO ALTAVILLA, *Um novo Projeto de Código Criminal brasileiro*, in *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, 1939, vol. 35, fasc. 1, págs. 171 a 182; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Córdoba, 1940, t. 2.º, págs. 390 e 453 a 468; LADISLAV THOT, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal (Arqueologia Criminal)*, La Plata, 1940, págs. 9 a 23, 93 a 103, 334 a 340, 369 a 373 e 382; NELSON HUNGRIA, *Questões Jurídico-penais*, Rio de Janeiro, 1940, págs. 65 a 70 e 122 a 130; M. HORACIO DEL CERRO, *Código Penal*, Montevideu, 1941, pág. 13 da exposição de motivos do Projeto de Cód. Penal; RICARDO ABARCA, *El Derecho Penal en México*, México, D. F., 1941, págs. 465 a 480; JORGE SEVERIANO, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, Comentado*, Rio de Janeiro, 1941, vol. 2.º, págs. 307 a 349; FRANCISCO CAMPOS, *Exposição de Motivos do Código Penal*, Rio, 1941, págs. 3 a 47; EMÍLIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Principios de Derecho Criminal*, Havana, 1942, págs. 487 a 524; A. RODRIGUES PÔRTO, *Prescrição Penal*, São Paulo, 1943; MANUEL LOPEZ-REY, *Proyecto Oficial de Código Penal*, La Paz, 1943; RAUL BARBOSA, *Extinção da Punibilidade*, in *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, Rio, 1944, vol. 3.º, págs. 377 a 428; RAIMUNDO MACEDO, *Da extinção da punibilidade*, Rio, 1946; VINCENZO MANZINI, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, vol. 1.º. Pádua, 1949, págs. 254 a 295; VALENTIM ALVES DA SILVA, *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, vol. 2.º, São Paulo, 1951, págs. 600 a 693; ROBERTO LIRA FILHO, *Prescrição e cómputo retroativo*, in *Rev. Brasileira de Criminologia*, Rio, n.º 17, 1951, pág. 36; CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Barcelona, 1951, págs. 94 a 98; PIERRE BOUZAT, *Traité théorique et pratique de Droit Pénal*, Paris, 1951, págs. 525 a 565; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. 1.º, t. II, São Paulo, 1952, págs. 659 a 716; RUI REBELO PINHO, *Jurisprudência classificada por assuntos: e) prescrição criminal*, *Justitia*, 1952; MAGALHÃES NORONHA (E.), *Notícias forenses: Prescrição e evasão*, in *Diário de São Paulo*, abril de 1953; *Direito penal*, 1.º vol., 5.ª ed., 1968; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de derecho penitenciario*, 1953; ODIN AMERICANO, *Da interrupção da prescrição penal*, in *Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, 1955; EDELMIRO PORTO (J.), *Causas de extinción de la acción*



*penal y de la pena*, Buenos Aires, 1956; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de direito penal*, vol. III, 1956; *Tratado de direito penal*, vol. 3.º, 2.ª ed., 1966; *Prescrição e crime continuado*, in *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1966; TOMÁS WANDERLEI, *Prescrição penal*, in *Revista Forense*, 1958; ASTOR GUIMARÃES DIAS, *Prescrição penal*, *Justitia*, 1964; JACQUES-BERNARD HERZOG, *Étude des lois concernant à la prescription des crimes contre l'humanité*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, 1965; *A justiça penal internacional, vinte anos após Nuremberg*, *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1966; ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo 3.º, 1967; RICARDO NUÑEZ, *La reforma del Código Penal, La Ley*, 1968.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 25. Generalidades. 26. Causas gerais e especiais. 27. Causas peculiares à ação e à condenação e causas comuns. 28. Causas não contempladas no Código.

25. Variam os Códigos quanto à maneira de dispor sobre as causas extintivas da ação e da condenação.

Uns relacionam, de modo geral, desdobrando, a seguir, os preceitos reguladores de cada, ou de algumas das causas, em particular. É o processo do Código brasileiro, como o do chileno, do argentino, do português, do espanhol. Outros apenas mencionam as causas e os seus efeitos, no capítulo destinado à matéria. É o método dos códigos italiano, mexicano, uruguaio, alemão e, dentre os mais novos, o grego e o etíope.

Por outro lado, Códigos há que reúnem, sob título comum, as causas de extinção da ação e as de extinção da pena. Foi o sistema adotado pelo nosso, como era no de 1890, e é o dos Códigos chileno, argentino, português, italiano, mexicano, uruguaio, venezuelano, entre outros. O projeto argentino de 1937 obedece ao mesmo sistema. Dos projetos brasileiros, contando do primeiro, só o de 1935, da Comissão Legislativa, fez exceção a essa norma, com o localizar em capítulos diferentes, e até distanciados, as causas de extinção da ação e as de extinção da condenação, aquelas no título denominado "Do crime, do criminoso e do ofendido", e as outras no título denominado "Das penas e das medidas de segurança".



Outros diplomas omitem qualquer referência expressa a causas extintivas, embora as contemplem no texto. É padrão o Código suíço, que não contém título especial para a matéria, e prevê, entretanto, a prescrição e a reabilitação, nos caps. III e IV, respectivamente, do tít. III, denominado “Penas, medidas de segurança e outras medidas”. O Código chinês, de 1928, fecha a parte geral com um capítulo sobre prescrição, sem subordinação direta a qualquer epígrafe genérica, sendo o último capítulo da parte I do Código, intitulada de “Disposições gerais”.

Por seu lado, os Códigos que regulam, conjuntamente, as duas categorias de causas extintivas não oferecem uniformidade em relação à epígrafe. Abandonando o título do Código de 1890, “Da extinção e suspensão da ação penal e da condenação”, preferiu o novo Código a fórmula “Da extinção da punibilidade”. O Código italiano, seu modelo em tantos outros pontos, adota a indicação “Da extinção do crime e da pena”. A mesma epígrafe, pluralizando os termos, é a do Código uruguaio. O chileno e o mexicano: “Extinção da responsabilidade penal”. O espanhol: “Extinção da responsabilidade e dos seus efeitos”. O argentino: “Extinção de ações e de penas”. O venezuelano: “Extinção da ação penal e da pena”. O belga: “Extinção das penas”, somente prevendo as causas extintivas da condenação. O anteprojeto mexicano adota o título “Da extinção da responsabilidade”. E assim por diante.

De quantas fórmulas, parece, afinal, a do Código brasileiro a mais feliz. Algumas das causas em apreço não levam tão longe o seu efeito, que possam ser ditas extintivas do crime, como o fazem os Códigos italiano e uruguaio. O crime, dado que elas ocorram, não deixa, por isso, de existir; da punição, pela infração cometida, é que o ofendido, ou o poder público, conforme o caso, abre mão. As outras fórmulas, referentes à “responsabilidade penal” ou à “responsabilidade”, prestam-se a confusão com as causas dirimentes da responsabilidade, ou excludentes da criminalidade, que são outras, diversas das mencionadas.

Não deve passar despercebido, a propósito, o reparo de CUELLO CALÓN, distinguindo das causas de extinção da responsabilidade penal as de isenção da mesma responsabilidade. Estas são anteriores à execução do delito, como a infância e a loucura, ou a ele concomitantes, como a legítima defesa, enquanto aquelas ocorrem depois do crime, mesmo depois de começada a ação da justiça, e até, em certos casos, após a sentença da condenação. São, assim, circunstâncias que, sobrevindo à prática do delito, anulam a ação penal e a pena.<sup>66</sup>

Na exposição de motivos do projeto que se converteu no Cód. Penal do Uruguai, J. IRURETA GOENA classificava em três grupos as circunstâncias que isentam de penalidade, a saber: circunstâncias *justificativas*, circunstâncias de *inimputabilidade* e circunstância de *impunidade*. For aquelas, acrescentava, falta o delito, porque o agente exerce um direito; pelas segundas, faltam a consciência e a vontade; pelas últimas, a perigosidade.<sup>67</sup>

Nenhuma das três espécies de circunstâncias, que excluem, ora a criminalidade mesma do ato, ora a sua penalidade, se confunde com as causas que extinguem a ação e a condenação.

Decorrentes, que sejam, de imperativo natural, como a morte do acusado; de conveniência política, como a anistia, ou a prescrição, têm elas o efeito de impedir ou paralisar a ação penal, evitar ou encerrar a execução da pena. Por isso é que pelo Código argentino, seguido do projeto de 1937, e também pelo Projeto SOLER, são denominadas “causas de extinção de ações e de penas”. Mas, fulminando a ação, ou fulminando a condenação, o que, a rigor, elas extinguem é o fato da punição, já efetivada, pela sentença condenatória, ou em via de o ser, pela ação. A fórmula brasileira, exprimindo o mesmo que a argentina, tem sobre esta, portanto, o mérito da concisão, que não é virtude de desprezar numa lei.

<sup>66</sup> CUELLO CALÓN, *Exposición del Código Penal Reformado de 1932*, Barcelona, 1933, pág. 185.

<sup>67</sup> *Código Penal*, de HORÁCIO DEL CERRO, Montevideu, 1941, pág. 13.

26. Englobando, destarte, as causas extintivas da ação e da condenação, não se limitou o Código à indicação das causas gerais, aquelas relativas a todos os crimes, como, por exemplo, a morte do agente e a prescrição. Reuniu, no mesmo dispositivo, às causas gerais, as especiais, ou, na terminologia de GARRAUD, particulares,<sup>68</sup> como sejam, exemplificando, a retratação do agente, o casamento do ofensor com a ofendida, e, em determinada espécie de peculato, o ressarcimento do dano. Tais causas, privativas, por dizê-lo, de alguns crimes, passam, desse modo, para a parte geral do Código.

A mesma orientação do projeto ALCÂNTARA MACHADO havia parecido a ALTAVILLA uma “falha de sistemática”. Recolheu ALCÂNTARA MACHADO a crítica, para confessar que, em contrário ao sistema do Código de 1890, afigurou-se-lhe mais lógico e simples enumerar, no mesmo preceito, as causas gerais e as causas especiais de extinção, aquelas no corpo do artigo e as últimas no parágrafo único.<sup>69</sup> Havia, ainda assim, distinção de lugar, que a Comissão Revisora do projeto não adotou, nivelando, no corpo do mesmo artigo, distribuídas por números, as causas gerais e as causas especiais, colocadas estas, entretanto, por último.

Assentado que foi, esse critério unificador, não há esconder certa impropriedade técnica na maneira como se concretizou. Referimo-nos à retratação, tal como enunciada, em relação às outras causas extintivas da punibilidade, e, principalmente, em relação ao casamento, nos crimes contra os costumes. É que o legislador se reporta, de modo genérico, à retratação, remetendo o intérprete ou aplicador para os casos em que a lei a admite, e que são, no Código, apenas três, fixados, aliás, através de dois dispositivos, somente.

---

<sup>68</sup> GARRAUD, *Précis de Droit Criminel*, 14.<sup>a</sup> ed., Paris, 1926. página 671, n.º 327.

<sup>69</sup> ENRICO ALTAVILLA, *Um Novo Projeto de Código Criminal Brasileiro*, e ALCÂNTARA MACHADO, *O Projeto do Código Criminal perante a Crítica* (Rev. da Fac. de Direito de São Paulo, 1939, vol. 35, págs. 173 e 57, respectivamente).

Entretanto, quando prevê o casamento do agente com a ofendida, fá-lo de modo definitivo, especificando logo os crimes em que cabe, o que lhe permite silenciar sobre a hipótese na parte em que configura tais crimes. Nem foi sem propósito a transposição da parte especial, como estava no Código de 1890, para a parte geral, dessa norma sobre o casamento subsequente a crime sexual. Declara-se, explicitamente, na exposição de motivos, que “ficaria melhor colocada no título sobre a extinção da punibilidade”.<sup>70</sup> Quanto à retratação, resulta prevista, ao mesmo tempo, na parte geral e na parte especial, e nesta apenas para que se acrescentassem as suas duas condições, que poderiam, todavia, ser de logo apontadas no inciso em exame, sem o alongarem demasiado.

Também duplicidade de disposições, desnecessária, se observa quanto ao ressarcimento do dano, causa de extinção da punibilidade, no peculato culposo. Apesar dessa ressalva, por via da qual se restringe a hipótese, expressamente, a um só crime, e deste a uma única das suas modalidades, volta o legislador à matéria na parte especial, quando define o peculato, repetindo a mesma regra, e agora chamando de “reparação”, o que ali era “ressarcimento”, a mesma hipótese, com diversa expressão.<sup>71</sup> Verdade é que o legislador dá, aqui, dois efeitos diferentes ao ressarcimento, conforme preceda, ou não, a sentença irrecorrível, e é o de extinguir a punibilidade, no primeiro caso, ou simplesmente o de reduzir de metade a pena imposta, no segundo. Mas neste segundo caso não se trata, evidentemente, de causa extintiva de punibilidade, que devesse ser contemplada na parte geral, no respectivo preceito declaratório. Assim, esse efeito do ressarcimento, quando posterior à sentença, nenhum obstáculo de natureza

<sup>70</sup> *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1941, Exposição de motivos, pág. 42.

<sup>71</sup> Art. 108: “Extingue-se a punibilidade: n.º IX, pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo”. Art. 312, § 3.º: “No caso do parágrafo anterior (peculato culposo), a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”.

técnica seria a que se dispusesse de uma vez só, no lugar próprio, sobre o ressarcimento e o seu efeito sobre a ação penal.

27. Admite o Código, como causas que extinguem a punibilidade, as seguintes, indicadas nesta ordem, nos ns. I a IX do artigo: morte do agente; anistia, graça e indulto; retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; prescrição, decadência e preempção; renúncia do direito de queixa; perdão do ofendido; reabilitação; retratação do agente; casamento do ofensor com a ofendida; ressarcimento do dano.

umas têm o seu efeito restrito a certos crimes, como a renúncia do direito de queixa e o perdão do ofendido, que só extinguem a punibilidade nos crimes de ação privada; a retratação do agente, nos crimes de calúnia, difamação e testemunho falso; o casamento do ofensor com a ofendida, nos crimes contra os costumes; e o ressarcimento do dano, no crime de peculato culposo. Outra, a reabilitação, ocorreria somente em relação a uma espécie de pena, a de interdição de direitos.

Algumas dessas causas são comuns à ação e à condenação, como a morte do agente, a anistia, a prescrição. Outras são próprias, ou, melhor dito, peculiares à ação, como a preempção e como o perdão do ofendido, ainda que o Código estenda o efeito deste até depois da sentença condenatória, mas enquanto não passe em julgado. Outra, ainda, é peculiar à condenação, como a reabilitação.

As causas *comuns* à ação e à condenação são assim ditas, porque tanto extinguem uma como outra, dependendo da época em que façam valer os seus efeitos. Assim, na expressão “morte do agente”, tanto se compreende o criminoso já condenado, como o simplesmente sob processo. Neste caso, encerra-se a ação, e naquele impede-se o início de execução da pena, ou, mesmo, a execução.

Causas peculiares à ação, ou peculiares à condenação, são assim ditas porque extintivas, somente, de uma ou de

outra. Toda causa, que extinga a ação, impossibilita, sem dúvida, a condenação. A recíproca, todavia, não é absoluta: causas há que só atingem a condenação, tendo existido, pois, em toda a plenitude e consequência, a ação. Como que elas aguardam a eventualidade da condenação, para só então exercerem sobre esta, dadas certas circunstâncias, a sua força de extinção.

Outra distinção do agrado de criminalistas e processualistas é a de causas *naturais* e *políticas*. Encontramo-las definidas em GARRAUD. Naturais são as causas que resultam do próprio conceito da ação: o direito de agir deixa de existir, seja porque a sua força se esgotou, seja porque o objeto mesmo da ação não subsiste, seja porque desapareceu uma das suas condições. E exemplifica: a morte do agente, a coisa julgada, o perdão da parte ofendida. As causas políticas decorrem de circunstâncias estranhas à natureza da ação; certas razões de política criminal atribuem-lhes o efeito de eliminar a punição do delinqüente, do que são mostra a anistia e a prescrição.<sup>72</sup>

Basta, por exemplo, comparar-se, no seu efeito de encerrar a ação penal, a morte do acusado e a anistia, para se verificar que, sendo aquela uma causa independente da vontade humana, é a anistia, ao contrário, uma causa eminentemente social, de ordem pública, dependendo, em tudo e por tudo, da vontade do homem, e, pois, atendendo a uma necessidade ou exigência política.

Para RICARDO RODRÍGUEZ, segundo exposto no seu livro de processo penal, tendo a ação criminal, como fim, a punição do responsável pelo crime, acontece que certas circunstâncias impedem ou extinguem a ação, em relação ao próprio delito, enquanto outras o fazem em relação ao indigitado autor. Daí, causas *objetivas*, aquelas, e causas *subjetivas*, estas.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, vol. 2.º, 3.ª ed., Paris, 1914, pág. 446; LUCCHINI, ob. e ed. cit., pág. 106.

<sup>73</sup> RICARDO RODRÍGUEZ, *El Procedimiento Penal en México*, 2.ª ed., México, 1900, pág. 265.



A distinção carece de utilidade prática, mas oferece uma idéia exata dos aspectos de que se revestem as causas extintivas da punibilidade, apagando, umas, o próprio crime, ou a ação que a ele corresponde, e dirigindo-se, outras, por assim dizer, ao acusado, para favorecê-lo, por motivos, muitas vezes, de ordem pessoal.

28. A enumeração das causas extintivas da punibilidade, procedida pelo Código, é das mais minuciosas dentre os Códigos vigentes. Abrange, como estamos vendo, causas gerais e particulares, naturais e políticas, objetivas e subjetivas. Tanto as comuns à ação e à condenação, como as peculiares.

A relação, todavia, não está completa. O próprio Código contempla, na parte especial, uma causa extintiva de punibilidade, restrita, porém, ao delito de bigamia. Consistindo esse crime em contrair alguém, sendo casado, novo casamento, é evidente que, anulado o primeiro, por qualquer motivo ou anulado o casamento posterior, por motivo que não a bigamia, deixa de existir o crime. Outra causa específica é o *perdão judicial*, quando no crime de injúria ocorrem circunstâncias como a provocação do ofendido por forma reprovável ou a retorsão imediata.<sup>74</sup>

Os Códigos chileno e português, embora menos casuísticos do que o brasileiro, incluem, também, entre as circunstâncias extintivas da condenação, o cumprimento da pena. O Código português, além disso, considerou prudente declarar, em dispositivo próprio, que se reputa cumprida a pena, quando o condenado a houver expiado no tempo marcado na sentença condenatória e pelo modo expresso na lei. Condições

<sup>74</sup> Cód. Penal, art. 235, § 2.º, quanto à bigamia, e art. 140, § 1.º, quanto à injúria. Ver, respectivamente, ac. de 23-7-51, da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Revista Forense*, 1952, vol. 143, pág. 434), e ac. de 27-6-49, do Supremo Tribunal Federal (*Revista Forense*, 1952, vol. 141, pág. 395). Na relação das causas extintivas de punibilidade, correspondente ao atual art. 108 do Código, o anteprojeto NÉLSON HUNGRIA passa a contemplar, no item V, o *perdão judicial* (art. 107).

de termo e de forma devem, assim, coexistir, e como fixadas na sentença e na lei.<sup>75</sup>

Omisso, a respeito, o Código belga, BRAAS acusou a falta, por lhe parecer necessária a referência expressa à *execução material* da pena, que é a quitação do condenado para com a sociedade, seja a execução, no caso de pena de morte, seja o pagamento, no caso de pena de multa, seja o término do tempo, no caso de pena restritiva da liberdade.<sup>76</sup>

Não deixa de interessar aos autores a questão de saber se o cumprimento da pena precisa ou deve figurar na escala legal das causas extintivas da condenação. O projeto brasileiro SÁ PEREIRA contemplou-a, de modo expresso (art. 154, n.º 2). “Praticamente” — justificava o seu ilustre autor —, “a condenação se extingue pela execução, e tecnicamente esta causa extintiva devia ser arrolada entre as demais”.<sup>77</sup>

A solução da dúvida virá afirmativa ou negativa, conforme o critério em que se firme a noção de causas extintivas da ação e da pena. Se as entendermos como obstáculos opostos, imprevistamente, embora naturais, à marcha do processo ou à execução da sentença, não haverá contemplar, entre elas, o cumprimento da pena, porque esta é a consequência lógica da sentença que condenou, como, por sua vez, a sentença, condenatória ou absolutória, é o termo lógico da ação. Não há mister atribuir, solenemente, a um fato, o efeito que nele está implícito, por princípio mesmo.

A inclusão do cumprimento da sentença entre as causas extintivas da condenação, como no nosso Código de 1890. é coisa do passado, opinava COSTA E SILVA, e já não a sancionam os Códigos atuais.<sup>78</sup> Andou bem o novo Código brasileiro, silenciando.

<sup>75</sup> Arts. 93, n.º 2, e 126, n.º 1 e § 1.º, respectivamente.

<sup>76</sup> Ad. BRAAS, *Traité Élémentaire de Droit Pénal*, Liège, 1927, pág. 239.

<sup>77</sup> SÁ PEREIRA, *Projeto de Código Penal Brasileiro*, Exposição de motivos sobre a parte geral, Rio, 1930, pág. 132.

<sup>78</sup> COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, Comentado, vol. II, São Paulo, 1938, pág. 351.

As mesmas razões prevalecem em relação à sentença, apontada como uma das causas extintivas da ação. Seria redundância inscrevê-la na lei, com esse efeito. Porque, a rigor, não há extinção da ação, com a sentença, nem da pena, com o seu cumprimento. O caso, frisam os autores, é de se exaurir a ação, como a pena, por naturalmente findas, o que é diferente de se extinguirem.<sup>79</sup>

Em alguns Códigos surge como causa extintiva da ação a coisa julgada. Consignou-a o projeto SÁ PEREIRA (art. 146, n.º 4). Reconhecia, aliás, o seu autor, tratar-se de modo de extinção pertencente, antes, ao direito processual. Decidiu contemplá-la no Código para que se não quebrasse a unidade constitucional brasileira na matéria, visto o caráter substantivo da ação, e a competência da União para legislar sobre o Cód. Penal.<sup>80</sup>

O Código uruguaio insere o livramento condicional, no capítulo relativo às causas de extinção da pena.<sup>81</sup>

O Código argentino de 1921 e o suíço, de 1937, estabelecem como causa especial de extinção da ação e da pena, no crime de adultério, a morte do cônjuge ofendido.<sup>82</sup> Pertencendo a este, exclusivamente, a iniciativa da ação penal, é negado aos seus parentes, próximos ou remotos, o direito de, por sua morte, continuarem o processo. Mas a consequência se estende à execução, mesma, da pena, como se a morte do

---

<sup>79</sup> J. EDELMIRO PORTO sustenta, na Argentina, que somente devemos entender como causas extintivas da ação ou da pena aquelas que constituam maneira anormal, não natural, inesperada, imprópria ou extrínseca de uma ou outra terminarem. Não estão nesse caso, a seu ver, a sentença definitiva e o cumprimento da pena, que realizam, exatamente, a finalidade do processo ou da condenação (*vide Delimitación de las causas de extinción de la acción penal y de la pena, in La Ley*, t. 79, de 21 de julho de 1955).

<sup>80</sup> SÁ PEREIRA, *Projeto de Código Penal Brasileiro*, ed. e loc. cit., pág. 131.

<sup>81</sup> *Vide* tít. VIII, “Da extinção dos delitos e das penas”, cap. II, “Da extinção da pena”, art. 131, livramento condicional.

<sup>82</sup> Código argentino, art. 74, *in fine*: “A morte do cônjuge ofendido extingue a ação penal e faz cessar a execução da pena” O mesmo texto, no Código suíço, art. 214, *in fine*.

cônjuge ofendido produzisse, só por si, o efeito de perdão ao cônjuge culpado.

Excluído o adultério do catálogo dos crimes no projeto argentino de 1960, essa causa extintiva particular desaparecerá, conseqüentemente, do direito positivo. Mas o Código suíço vigente, cujos anteprojetos, precisamente, foram, no testemunho de SOLER, os inspiradores do dispositivo do Código argentino, dará vida nova, e, certo, duradoura, ao preceito.<sup>83</sup>

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:  
I — pela morte do agente;*

COMENTÁRIO

SUMARIO: 29. Introdução. 30. Fundamento. 31. Histórico. 32. Efeitos sobre a ação e a pena. 33. Efeitos sobre a pena pecuniária. 34. Sobre a indenização civil. 35. Outras conseqüências.

29. O princípio da personalidade da responsabilidade penal se impõe hoje por tal forma, que seria desnecessário, ao ver de alguns autores, enumerar, entre as causas extintivas da punibilidade, a morte do agente.

Os Códigos, entretanto, continuam fazendo menção expressa, e andam bem, sabido que, no correr dos tempos, nem sempre a morte do criminoso produziu o efeito de extinguir a ação ou a condenação. Os Códigos português (art. 125), chileno (art. 93), argentino (art. 59), italiano (arts. 150 e 171), mexicano (art. 91), uruguaio (art. 107), búlgaro (art. 50), espanhol (art. 112), húngaro (art. 24), entre outros, abrem com essa circunstância o rol das causas extintivas da ação e da pena.

<sup>83</sup> SEBASTIÁN SOLER, ob., vol. e ed. cit., pág. 463. Apreciando o disposto no Código argentino, afirma EUSÉBIO GÓMEZ que a morte do cônjuge ofendido faz cessar a execução da pena, mas não desvanece a pena, de modo que, praticado, de futuro, outro crime, conta-se o primeiro, para efeito de reincidência in *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, t. III, 1940, pág. 74.

30. A morte do criminoso é a primeira e mais natural das causas de extinção da responsabilidade penal. Nome, obra, virtude, defeitos, os próprios crimes, passam, com a morte, a sofrer a influência destrutiva do tempo, às vezes pronta, às vezes lenta. O túmulo, nivelando os indivíduos no mesmo destino, deve apagar, nos que sobrevivem, quaisquer resquícios de ressentimento, de desafeição, de ódio, contingência de que não estão livres, por sua mesma condição, os homens. Não é raro que paixões abrandem e malquerenças suavizem. Por que, então, havia a justiça penal de prolongar, além da morte, o efeito de uma pena que, aplicada sobre a pessoa do criminoso, seria justa, necessária e útil, mas, estendida à memória, ou revivida em descendentes inocentes, resultaria iníqua, desnecessária, ineficaz? Se a pena não é função de vingança, mas de defesa social, no propósito de regeneração do criminoso, que motivos justificariam a existência de um processo ou de uma condenação, quando morto, já, o acusado, cuja reabilitação na sociedade se pretendia? Seria uma crueldade ridícula, além de inútil. Assim, as legislações penais atribuem à morte o poder de sepultar, também, vestígios e lembranças de crimes, ainda que atrozes, para que sobre o passado desça, piedosamente, o olvido. *Mors omnia solvit*. A morte resolve tudo, as próprias condenações criminais. É, modernamente, um princípio universal.

31. Mas nem sempre foi assim. A justiça penal timbrava em perpetuar a maldição do crime até a descendência do criminoso, sobre que pesava a pena, como um laço. Morto o delinqüente, negava-lhe ao corpo sepultura e à memória repouso. Esquecia-lhe nome, dispersava-lhe os bens, desfazia-lhe a casa. Descomedida crueldade, sobre o vivo, e mesmo, sobre o morto, presidia à imposição das penas. Em certo momento, a idéia da expiação da falta suscitou a idéia de que a violência e a tortura, nos processos repressivos, atendiam, melhor que tudo, ao fim intimidativo da pena. Piedade e respeito pelo delinqüente que morria eram sentimentos



irrisórios, em homens dominados por essa noção bárbara de justiça.

Nem os romanos podemos isentar de culpa, por absurdos que tais. Adotaram eles, é verdade, o preceito de que a morte do criminoso extinguiu o crime. *Extinguitur enim crimen mortalitate*, está declarado numa passagem de ULPIANO,<sup>84</sup> e confirmado noutro fragmento: *publica accusatio reo vel rea ante defunctis perimitur*.<sup>85</sup>

E pela melhor das justificativas, qual, no testemunho de PAULO, a de que a pena foi feita para emenda do criminoso, e perde, portanto, a sua razão de ser, quando ele morto.<sup>86</sup>

Outros trechos romanos e o relato dos historiadores acentuam, porém, as exceções ao princípio, por força das quais, muitas vezes, incidia sobre delinquentes falecidos o opróbrio de uma condenação, com todas as suas conseqüências. MARCIANO, que expõe, acidentalmente, extinguir-se a pena, por morte do réu,<sup>87</sup> é o mesmo que decreta a persistência da pena de deportação ou relegação a uma ilha, ainda depois da morte do condenado.<sup>88</sup>

E não ficavam nisso as restrições de toda sorte ao efeito extintivo da ação ou da condenação, atribuído à morte do acusado. Os romanos conheceram a pena de *privação de*

<sup>84</sup> ...porque o crime se extingue com a morte (Dig., Liv. 48, tit. 4.º, *ad legem, Juliam magestatis*, n.º 11). GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, vol. e ed. cit., pág. 733.

<sup>85</sup> *Extingue-se a acusação pública, tendo falecido antes o réu ou a ré* (Dig., Liv. 48, 1, *De publicis judiciis*, 3), pág. 721, t. 3.º, da obra citada.

<sup>86</sup> ...*quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur desinit* (Dig., Liv. 48, tit. 19, *De poenis*, n.º 20), pág. 795, t. 3.º, da obra citada.

<sup>87</sup> *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta...* (Falecido o que foi réu de um crime, e extinta a pena..., etc.) (Dig. Liv. 48, 1, 6), pág. 722, t. 3.º, da obra citada.

<sup>88</sup> *Si quis in insulam deportatus vel relegatus fuerit, poena etiam post mortem manet* (Se alguém houver sido deportado ou relegado a uma ilha, subsiste a pena mesmo depois da morte) (Dig., Liv. 48, tit. 24, *De cadaveribus punitorum*, n.º 2), pág. 811, t. 3.º, da obra citada.



*sepultura, o processo ao cadáver, a condenação da memória*, formas, todas do pensamento de que a pena atendia à finalidade de intimidação aos vivos, se aplicada aos mortos, apesar de mortos.

A regra dominante de se não enterrarem os cadáveres dos condenados encontrava apenas obstáculo no consentimento do soberano, deferindo pedido de parentes ou de pessoas desejosas de lhes darem sepultura.<sup>89</sup> Nos crimes de lesa-majestade, todavia, este enterramento era defeso, como era defeso aos descendentes do executado o uso de sinais de luto.<sup>90</sup>

Ao exilado — por isso que perdia os direitos de cidade e os de família — era interdito o sepultamento no solo da cidade ou no túmulo dos antepassados. Sabido como os antigos emprestavam supersticiosa importância ao ato da inumação, é fácil avaliar o que a proibição de sepultura representava de castigo aos criminosos, infligindo-lhes à alma, depois de supliciado o corpo, o tormento de uma vida à-toa, sem pouso certo.<sup>91</sup>

Não menor crueldade, e consciente, era a da condenação da memória do réu. Admitiu-a a *lex Julia majestatis*, para

---

<sup>89</sup> Dig., Liv. 48, tit. 24, ns. 1, 2 e 3; ULPIANO, MARCIANO e PAULO, pág. 811, t. 3.º, da obra citada.

<sup>90</sup> Dig., Liv. 3.º, tit. 2.º, *De his, qui notantur infamia*, n.º 11, § 3.º; ULPIANO: *non solent autem lugeri... vel perduellionis damnati*, pág. 304, t. 1.º, da obra citada. Ver, sobre a proibição de sepultura aos condenados por crime de lesa-majestade, Dig., Liv. 48, tit. 24, n.º 1, pág. 811, t. 3.º, da obra citada.

<sup>91</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, trad. de SOUSA COSTA, Lisboa, 1911, vol. 1.º, pág. 355: "Assim, o exilado perdia com a religião e os direitos da cidade, a religião e os direitos de família; perdia o lar, mulher e filhos. Morto, não podia ser enterrado no solo da cidade, nem no túmulo dos seus antepassados; porque se tornara estrangeiro"; vol. 1.º, pág. 20: "Nas cidades antigas a lei punia os grandes criminosos com um castigo reputado terrível, a privação de sepultura. Punia-se-lhes assim a própria alma e infligia-se-lhes um suplicio quase eterno".

os crimes contra o Estado romano — “*et memoria rei etiam post mortem damnatur*”.<sup>92</sup>

Os culpados de outros crimes, considerados graves, o parricídio, a sodomia, certas formas de heresia, etc., estavam, também, sujeitos a esse curioso justicamento póstumo, que decretava a execração da memória do condenado, e, em consequência, a destruição das suas estátuas e da sua casa, a privação de sepultura ao seu corpo, o cancelamento e total esquecimento do seu nome, de que não podiam usar os descendentes, também infamados pelo delito.

Tais rigores punitivos não vingavam, contudo, na maior parte das vezes, falhando, como falhavam, os seus pretendidos efeitos. A casa de CÍCERO, arrasada na hora da adversidade política, foi construída de novo pelo próprio Estado, quando ao glorioso perseguido voltou o favor popular. Da maldição em que os atenienses cogitaram amortilhar a memória de FILIPE, e tudo quanto ao rei macedônio se referisse, — o seu nome, a sua terra, os seus legionários, os seus descendentes,<sup>93</sup> — surgiu, para uma trajetória ainda mais brilhante que a do pai, a estrela militar e política de ALEXANDRE.

O exemplo clássico da inutilidade dessas sanções ficou sendo o de ERÓSTRATO, incendiário para fugir a uma irremediável obscuridade, em que se amofinava, e, de fato, o conseguiu, sobrevivendo ao silêncio que os contemporâneos impuseram, sob pena de morte, em torno do seu nome, para castigo e vergonha do crime indefensável.

Tais normas de justiça penal contra os mortos perduraram até os tempos modernos, através do período medieval, quando, por motivos de fácil compreensão, se fizeram ainda mais freqüentes, e requintando ainda em maior impiedade.

Verdade é, em abono de juristas e comentadores do passado, que nem todos aplaudiram ou justificaram essas

<sup>92</sup> *Instituta*, Liv. 4.º, tit. 18, § 3.º, “... e a memória do réu é condenada mesmo depois da morte”, pág. 160, do t. 1.º da obra citada de GARCÍA DEL CORRAL.

<sup>93</sup> LADISLAV THOT, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal (Arqueología Criminal)*, La Plata, 1940, cap. I, *El enjuiciamiento criminal contra los muertos*, pág. 15.

práticas. Residia a divergência, exatamente, como acentua LADISLAU THOT, na questão fundamental da finalidade da pena. Os que entendiam o castigo do delinqüente função de intimidação dos não-delinqüentes, é claro que teriam de aceitar, pelo primitivo ou faccioso de suas concepções sobre o problema humano, a persistência da pena além da morte do criminoso, para sua maior e mais perfeita exemplaridade. Aos outros, porém, àqueles que enxergavam na pena um alvo mais nobre e proveitoso, como o da regeneração do delinqüente, afigurava-se, de certo, inútil, e ridícula a hipótese de se aplicar pena em cadáver.<sup>94</sup>

Enquanto assim divergiam, aos mortos continuavam sendo pedidas contas do seu procedimento quando vivos.

GARRAUD acusa no direito anterior à revolução francesa a existência, para os crimes de lesa-majestade, heresia, sacrilégio e outros, dos processos contra os mortos, com as suas conseqüências de execução da pena sobre o cadáver e a execução em efígie.<sup>95</sup>

CARLOS II, na Inglaterra, ordenara, no século XVII, a exumação do cadáver de CROMWELL, para ser levado à forca. Mas CROMWELL, arrancado violentamente da sua tumba, não havia, também, mandado abrir o féretro de CARLOS I, receoso, no delírio do triunfo, de que não estivesse morto o adversário vencido?

Em Portugal, o Liv. 5.º das Ordenações Filipinas constituía modelo de legislação criminal desumana e arbitrária ao gosto da época. Não é de estranhar, portanto, o absoluto desprezo pela dignidade humana, que ali se refletia em penas aviltantes e torturantes de toda espécie, e na aplicação delas aos mortos, inculcados de certos delitos. Recomendava-se, relativamente aos acusados de *sodomia*, que fossem “queimados e feitos por fogo em pó, para que”, — explicava-se, — “nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória”. Assim, também, com os heréticos, salvo os menos perigosos,

<sup>94</sup> LADISLAU THOT, ob., ed. e loc. cit., pág. 23.

<sup>95</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 536, n.º 719; pág. 539, n.º 722.

dos quais, todavia, depois da execução, por estrangulamento, se queimava o cadáver. Nos casos de alta traição, podia-se *inquirir* contra o réu, ainda depois da morte, para que, *achando-se verdadeiramente culpado*, fosse sua *memória danada* e seus bens confiscados.<sup>96</sup>

Fiel à tradição romana, é no particular desses crimes de lesa-majestade que a crueldade das penas atingia, na Ordenação, a mais alta expressão, e de que foi exemplo frisante, no Brasil, a punição imposta ao alferes JOAQUIM JOSÉ DA SILVA XAVIER, por alcunha o *Tiradentes*, tido como chefe da conspiração para o desmembramento da capitania brasileira de Vila Rica e a sua ereção em república independente. Nos termos insofismáveis da sentença condenatória, depois de executada na força a pena de morte, seria ao réu *cortada a cabeça e levada a Vila Rica*, para em lugar mais público ser pregada em um poste alto até que o tempo a consumisse; seria o seu corpo *dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho* onde o réu tivera suas *infames práticas*, e os mais nos *sítios de maiores povoações*, até que o tempo também os consumisse; o réu era declarado infame, e seus filhos e netos, *tendo-os*; confiscados os seus bens; e a casa em que vivia *arrasada e salgada*, para que nunca mais no chão se edificasse, levantando-se no lugar um padrão pelo qual se conservasse em memória a *infâmia do abominável réu* (sic).<sup>97</sup>

São flagrantes de um estado de coisas, cuja mudança só começa a operar-se, com efeito, no século XVIII, quando vitorioso na legislação revolucionária de 89 o princípio da personalidade da pena, de que seria corolário fatal o preceito da extinção da punição, por morte do acusado.

Ainda assim, alternativas políticas no governo dos povos modernos renovam, periodicamente, a expressão primitiva dessa justiça social, de que os mortos, ilustres ou não, pade-

<sup>96</sup> CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, 1870, vol. 2.º, págs. 1.148, 1.154 e 1.162.

<sup>97</sup> In ASSIS CINTRA, *Tiradentes Perante a História (Revelações sobre a Inconfidência Mineira)*, São Paulo, 1922, pág. 182.

cem uma boa porção. O velho hábito de malsinar os tiranos, quando decaídos ou mortos, queimados os seus retratos, demolidas as estátuas erguidas em sua honra no fastígio do poder, apagados os nomes em quantos documentos ou lápides pudessem rememorá-los à posteridade, é prática muito do capricho, ainda hoje, das multidões amotinadas, nos impulsos da justiça política a que se arrogam, em defesa de princípios de cuja posse se vangloriam.

A condenação em efígie, a confiscação de bens, a execração da memória, a maldição da descendência, a interdição de luto, como que, a certas luzes, revivem nos nossos dias, embora, evidentemente, para vida efêmera, a serviço de ilegítimos interesses transitórios.

O princípio universal dominante é o inscrito no nosso Código: extingue-se a ação ou a pena, por morte do culpado.

32. A expressão “morte do agente”, de que usa o Código, parece a mais adequada. “Morte do criminoso”, como estava no de 1890, foi fórmula criticada, alegando-se que, a rigor, só há *criminoso*, depois de afirmada a culpa, em sentença irreversível, e dir-se-ia, assim, que a morte era causa extintiva, somente, da condenação. Do confronto dos arts. 71 e 72 do velho Código, apurava-se, porém, que o legislador quisera significar pelo termo *criminoso* o acusado de autoria de crime, fosse simples indiciado, — sob processo ou não, — fosse condenado, já.

O projeto ALCÂNTARA precisava as expressões: *morte do agente* seria a causa extintiva da ação penal; *morte do condenado*, a causa extintiva da condenação. Evitava, assim, se repetisse aquela objeção, que, aliás, não tinha maior importância.

Códigos modernos, como o mexicano e o uruguaio, adotaram a expressão “morte do delinqüente”, o primeiro, e “morte do réu”, o segundo, cabendo em relação à palavra *réu* o mesmo reparo que às palavras *delinqüente* ou *criminoso*. O Código italiano, também dos novos, refere-se a “morte do réu”, e *réu*, no caso, tanto é o acusado “antes da condenação”.

como “depois da condenação”, como explicitamente consignado. O Código e o projeto argentino de 1937 preferem a expressão “morte do imputado”. O Projeto SOLER reporta-se à “morte do imputado”, quando discrimina as causas extintivas da ação penal (art. 100) e “morte do condenado”, quando relaciona as de extinção da pena (art. 105).

Entre os códigos mais recentes, o da Bulgária usa da fórmula “quando o delinqüente morre”, tanto para estabelecer o fim da ação como o do cumprimento da pena (art. 50). Já o código da Etiópia (arts. 223 e 224) distingue a “morte do acusado” e a “morte do condenado”, quando se trate, respectivamente, de encerramento da *persecutio criminis* ou da execução da pena. Outros códigos, englobando numa mesma disposição, o efeito de extinção da ação e de extinção da pena, preferem o designativo de “autor da infração”, como o finlandês, ou, simplesmente, “autor”, sem mais expletivo, como o húngaro. De quantas fórmulas, parece a mais intuitiva a do nosso código, que o anteprojeto HUNGRIA conserva: “morte do agente”. *Agente* é termo de ampla compreensão: indica, ora o indigitado, ora o processado, ora o condenado.

Figura GARRAUD as diferentes épocas em que pode ocorrer a morte do agente: antes do julgamento, após o julgamento, mas no curso dos prazos de recurso, e depois de subir a causa à instância superior. Em qualquer tempo, o efeito extintivo se opera: antes do julgamento, impedindo ou encerrando a ação; depois, eliminando a pena e obstando, consequentemente, a sua execução, quanto às consequências penais.

Do ponto de vista processual, a morte do indiciado ou do condenado paralisa, imediatamente, o procedimento judicial contra ele. Nada mais se realiza: nenhum termo, nenhum trâmite, nenhum recurso. Se a ação penal não começou, exemplifica GARRAUD, não pode começar; se o Ministério Público intentou a ação, na ignorância de que houvesse morrido o denunciado, os atos judiciais já praticados são tidos por inexistentes. Se o juiz chegou a proferir a sua decisão, desconhecendo, também, a morte do acusado, tal decisão será



desfeita. Sobrevindo a morte, depois da condenação, esta desaparece, também. Se o julgamento foi absolvendo, e conhecida a morte, não pode o Ministério Público apelar. Se, ignorando a ocorrência, recorreu, a instância superior, provada a morte, não conhece do recurso.<sup>98</sup>

Em qualquer hipótese, como se vê, sabida, pelo Ministério Público, pela justiça de primeira instância, ou justiça de instância superior, a morte, cessa, *incontinenti*, a apreciação do fato criminoso. Fulmina-se a ação, onde estiver, no ponto em que estiver. Dar um despacho, embora para extinguir o processo ou a condenação por morte do acusado, mas considerando a causa, é julgar, e desse julgamento, ainda que inócuo, deve estar isento o acusado que faleceu.<sup>99</sup>

Morrendo o delinqüente, durante o cumprimento da pena, o diretor do estabelecimento penal fará a devida comunicação à justiça, acompanhando a certidão de óbito, para constar dos autos em que a condenação foi proferida (Código de Proc. Penal, art. 683 e seu parág. único).

Independente dessa providência, visando a facilitar ao juiz a decretação de ofício da terminação da pena — porquanto o diretor do presídio onde a morte ocorreu é o mais apto a oferecer a prova do fato —, a regra dominante é que a morte do condenado não se presume, mas deve ser atestada sem possibilidade de engano, ou dúvida. E a forma inequívoca dessa atestação é a certidão de óbito, única prova admissível para efeito de extinção da pena (Cód. de Processo Penal, art. 62). O mesmo, em relação ao simples acusado,

<sup>98</sup> R. GARRAUD, *Traité Théorique et Pratique d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale*, t. I, Paris, 1907, pág. 457, n.º 210.

<sup>99</sup> Conhecendo de decisão da instância inferior em que, decretando a prescrição, ressaltava o magistrado que a instrução criminal encerrada não afetava a honra e a boa fama do acusado, assentou julgado argentino não caber, no caso, tal afirmativa, porquanto a sentença que extingue, pelo motivo indicado, a pretensão punitiva do Estado não tem senão esse efeito, prescindindo de qualquer juízo valorativo sobre culpabilidade ou inocência. (Ver *La Ley*, Buenos Aires, 8 de fevereiro 1968.) O mesmo se dirá, quando o caso for de extinção da punibilidade por morte do agente ou por anistia.

ou ao condenado por sentença ainda não transitada em julgado. A prova da morte deve ser o atestado de óbito, junto aos autos da ação. É o meio mais eficaz de prevenir possíveis fraudes.

Aliás, verificada, a qualquer tempo, a falsidade da notícia levada a juízo, restabelece-se, para os necessários efeitos, a ação ou o cumprimento da pena.

Por todos os motivos, a presunção de morte, resultante de ausência, nos termos do direito civil, não equivale à morte, para os efeitos indicados.

Também, assim, o desaparecimento do inculpaado: o desaparecido é revel ou foragido, conforme estivesse em curso a ação ou já iniciada a execução da pena. Não pode pretender a extinção da punibilidade.

Haverá, todavia, uma emergência em que a prova por certidão de óbito deve ser dispensada, por supri-la a declaração oficial da morte, real ou presumida. É o caso de serviço de guerra, prestado pelo acusado.

A morte, que faz desaparecer a ação ou a pena, é a do agente do crime. A causa extintiva somente produz tal efeito em relação ao indivíduo falecido. Assim, morto o autor principal, prosseguirá o processo contra os demais co-autores, ou os cúmplices, havendo.<sup>100</sup> Não o diz o Código, expressamente, mas têm aplicação os princípios da doutrina, consagrados, aliás, por alguns Códigos. É a regra constante do art. 182 do Código italiano, nestes termos: "salvo disposição em contrário da lei, a extinção do crime ou da pena tem efeito somente para aqueles a quem a causa de extinção se refere".

Admite-se, entretanto, por exceção, que a morte da mulher acusada de adultério extingue a ação, também, em relação ao co-réu. A norma é salutar, atendendo-se à delicadeza da situação criada e entretida por ação dessa natureza. Acresce que, ocorrendo o falecimento da mulher antes de

---

<sup>100</sup> Ver ac. de 23 de outubro de 1956, da 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Revista Jurídica*, n.º 25, pág. 313.

uma sentença que a condenasse, é justo milite a seu favor a presunção de inocência. A continuação do processo contra o cúmplice, terminando, quiçá, pela sua condenação, viria, sem nenhuma dúvida, lançar de novo sobre a mulher o labéu de culpada, rompendo, pela inevitável repercussão social dessa sentença, o silêncio em torno do crime, a que, por morte, tinha inconcusso direito.

Como nos advertia GOEDSEELS, prevaleceu na Bélgica a exceção, pela razão de que, sendo essencial para a propositura da ação a qualidade de *casado* do queixoso, cessa o casamento, morrendo um dos cônjuges, e dessarte reputa-se extinta, mesmo em relação ao *cúmplice* da mulher adúltera, a ação, por lhe faltar um dos requisitos. Pensa o autorizado comentador do Código belga que assim deve ser, ainda que tenha a mulher morrido, em flagrante de adultério, às mãos vingadoras do marido, e a este tenha a sentença condenatória reconhecido a atenuação legal de pena prevista para o crime praticado em tais circunstâncias. Realmente, admitir, no caso, a escusa da emoção importa proclamar a existência do adultério da mulher, cujo flagrante armou o braço do marido para o crime, não justificável, mas passível, por isso, de pena menor. Paga a mulher, com a morte, o adultério. Paga o marido, ofendido pelo adultério, o homicídio que cometeu. Para o co-réu do crime, entretanto, a impunidade é o prêmio, passado o risco de vida que correu. Não obstante, será isso preferível a renovar o debate sobre o fato, cuja principal personagem está morta, e deve ser poupada à curiosidade irreverente.<sup>101</sup>

33. A morte do agente, salvo quando se estabeleça o contrário, extingue qualquer espécie de pena. Mesmo a pena pecuniária. Sobre esse último ponto, entretanto, não há acordo, nem na doutrina, nem na legislação, como há em relação às penas corporais.

<sup>101</sup> GOEDSEELS, *Commentaire du Code Pénal Belge*, Bruxelas, pág. 532, n.º 1.909; BASILEU GARCIA, *Instituições de direito penal*, 1954, pág. 671, e MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 5.ª ed., 1968, pág. 375,

A natureza da pena pecuniária, recaindo sobre a pessoa do criminoso, mas, em verdade, sobre o patrimônio, que se transmite, por sua morte, aos herdeiros, faz com que muitos preconizem como obrigação indeclinável da herança a satisfação da multa imposta, como pena criminal, ao *de cujus*, quando vivo.

No número dos que assim pensam, OBARRIO, invocando tempos idos, em que o crime era considerado uma das fontes de obrigação, argumenta que a pena pecuniária recai sobre os bens do delinqüente, sendo, pois, um débito que diminui o seu acervo. Assim, não haveria motivos para que a condenação não se executasse mesmo depois da morte do condenado, tão certo, afinal, que a multa, no caso, não iria atingir os bens do herdeiro, mas os bens, em conjunto, da herança.<sup>102</sup>

Cobrada do monte ainda indiviso, é incontestável que nenhum herdeiro sofreria, em particular, o encargo, em bens que lhe fossem próprios, ou com exclusão de outros herdeiros. Mas não é menos evidente que, reduzido o monte, com a satisfação da multa, como o reduzem as várias parcelas do passivo, resultaria menor o quinhão de cada herdeiro, e todos teriam cumprido, embora de modo indireto, a pena imposta a outrem, e dita eminentemente pessoal. A condição de personalidade, inerente à pena, repele o princípio de sua transmissibilidade aos sucessores nos bens do delinqüente.

Não percamos de vista a advertência de SOLER: "O fim do Estado, ao cominar uma multa, não é o de aumentar as suas rendas, ou atribuir-se uma fonte de recursos, mas o de reprimir um crime na pessoa do seu autor".<sup>103</sup>

Não se trata, com efeito, de uma dívida comum, por cujo pagamento respondesse a herança, na conformidade das re-

---

<sup>102</sup> OBARRIO, *Curso de Derecho Penal*, nova edição, Buenos Aires 1902, pág. 391.

<sup>103</sup> SEBASTIÁN SOLER, ob., vol. e ed. cit. pág. 390.

gras de direito civil reguladoras da matéria. O Estado, que impõe a multa, em função do seu *jus puniendi*, não pode travestir-se, frente aos herdeiros do criminoso multado, em cobrador, que a eles exigisse, como qualquer credor, o cumprimento da palavra empenhada, sua ou de outrem.

Isto posto, a questão há de ser resolvida, tendo-se em vista o caráter de que se reveste a multa em cada legislação. Onde ela fosse simplesmente efeito da condenação, ou parte integrante da reparação civil, sem o mínimo aspecto de pena, mesmo acessória, poderia persistir depois da morte do acusado, para o fim de ser satisfeita pelos seus herdeiros. Onde, ao contrário, figurasse como pena, principal ou acessória, desapareceria, logicamente, por morte do acusado.

O Cód. Penal suíço, que a contempla entre as penas principais, empresta, declaradamente, à morte do condenado o efeito de extingui-la (art. 48, n.º 3).

Já o Código português e o chileno seguem orientação diferente: se a sentença condenatória transitou em julgado, quando ainda vivo o delinqüente, aos seus herdeiros passa a obrigação de pagar a multa (art. 122, § 1.º; art. 93, n.º 1). Colhe-se, do disposto, que, decretada a multa, por sentença recorrível ou recorrida, sobrevindo a morte do condenado, está a pena extinta, para todos os efeitos. O projeto português EDUARDO CORREIA conserva a norma, e como que lhe emprestando, até, maior ênfase, porquanto iguala a obrigação penal a uma “dívida civil” (art. 116). No código, aliás, o preceito extensivo precede imediatamente o artigo em que se declara que “as penas não passarão, em caso algum, da pessoa do delinqüente” (art. 123).

Também o código alemão autoriza, expressamente, a execução da pena sobre os herdeiros do acusado, contanto que tenha transitado em julgado, durante a sua vida, a sentença que o condenou. Refere-se VINCENZO PAGANO às reservas doutrinárias que cercam a disposição, por seu caráter eminentemente fiscal, citando, ademais, MAURACH, que nela acusa,



principalmente, a gravíssima contradição com o princípio da personalidade da pena.<sup>104</sup>

Os Códigos italiano, mexicano, argentino, uruguaio são dos que silenciam. A esse grupo adere o Código brasileiro, adotando, no particular, a norma do projeto ALCÂNTARA MACHADO, diversa, aliás, da do projeto SÁ PEREIRA, que possuía preceito formal sobre a espécie, qual o de que a multa se extingue com a morte do condenado e lhe não onera a sucessão (art. 67).

Omisso o nosso Código, mas incluída a multa entre as penas principais do seu sistema punitivo, é óbvio que a morte do agente produz efeito extintivo da pena, tenha havido, ou não, condenação definitiva.

Não devemos, todavia, levar o princípio ao ponto de parecer que, satisfeita, já, a multa, deva ser restituída, se o condenado falecer. Tal prática, mais do que desfazer a pena, cumprida ou a cumprir, seria reconhecer ao condenado, representado pelos seus herdeiros, o direito a uma devolução integral ao estado patrimonial anterior à condenação. Quando se afirma que a morte do réu extingue a pena, inclusive a de multa, não se está, em absoluto, proclamando que a pena tenha sido imerecida ou excessiva, e deva, por isso, desaparecer, mas que, falecido o delinqüente, não há mais razão para a punição, que já perdeu a sua finalidade.

Por conseguinte, se a multa estiver sendo saldada em quotas periódicas (e o Código permite, em certas circunstâncias, o pagamento em prestações), é claro que, ocorrendo a morte do condenado, quando ainda não concluído esse pagamento, a parte que restar no momento do óbito não será mais devida, por extinta a pena. Mas seria, também, absurdo pretender, neste caso, a restituição do já pago, sob a alegação de que a pena ainda não acabara de ser executada.

---

<sup>104</sup> Ver VINCENZO PAGANO, *Codice penale tedesco*, Milão, 1967, pág. 20. O projeto do professor EDUARDO CORREIA consta do n.º 8 da *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*.



34. A morte do criminoso não impede a satisfação do dano civil, que ficará, na hipótese, a cargo dos herdeiros. O Código fixa, como efeito da condenação penal, a obrigação de indenizar o dano resultante do crime (art. 74, n.º 1). Essa responsabilidade civil subsiste, pois. Não importa a ausência de preceito declarativo.

Na vigência do Código de 1830, a obrigação passava aos herdeiros do delinqüente como aos herdeiros do ofendido o direito de haver a satisfação (art. 29), valendo para prescrição o prazo de 30 anos, nos termos da lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841 (art. 36).

O legislador imperial imprimia à indenização pelo delito o caráter de uma obrigação civil (art. 21), embora condicionada à condenação em juízo criminal, passada em julgado (art. 31). Na hipótese de falecimento do criminoso, já proferida a pronúncia, aos seus herdeiros poderia ser pedida, por meio de ação civil, a indenização (art. 31, § 2.º). Estava confirmada, sem nenhuma dúvida, a transmissibilidade, aos sucessores do delinqüente, da obrigação do ressarcimento, bastando para isso, apenas, que, ao tempo do óbito, já tivesse havido sentença de pronúncia, o que vale dizer, reconhecimento, embora não definitivo, da responsabilidade penal do agente. Assim, o sistema, então adotado, da solidariedade das ações penal e civil sofria exceção; e essa exceção era determinada pela ocorrência da morte do inculcado, depois da pronúncia, quando a apreciação da indenização podia ser entregue ao juízo cível, com todas as conseqüências, inclusive, evidentemente, a de debate sobre o próprio crime.

Logo um aviso de 1837, dando à morte do réu pronunciado o efeito de extinguir o processo criminal, ressaltava o ressarcimento do dano, que poderia ser pedido, em ação civil, aos herdeiros do acusado, pelo ofendido, ou seus herdeiros.<sup>105</sup>

A regra prevaleceu, até aqui, no direito brasileiro. Mandava o Cód. Penal de 1890 regular pelo direito civil a matéria (art. 70). Posteriormente, o Cód. Civil inseriu a mesma

---

<sup>105</sup> Ver VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Crime, Dano, Reparação*, São Paulo, 1934, pág. 40.

norma da transmissão, com a herança, do direito de exigir reparação e da obrigação de prestá-la (art. 1.526).

Assume posição destacável, entre os Códigos estrangeiros, o do México. A *sanção pecuniária*, que é — assim denominada — uma das penas estabelecidas, compreende a multa e, ainda, a *reparação do dano*, a qual, por sua vez, abrange a restituição da coisa obtida pelo delito, ou o pagamento do seu preço, quando impossível a devolução, e, também, a indenização do dano material e moral causado à vítima ou à sua família (art. 29, 1.º; art. 30, 1.º e 2.º). A indenização civil, portanto, é pena, mas, esclarece o inciso em foco, somente quando exigível ao próprio delinquente; quando devida por terceiros, reveste o caráter de responsabilidade civil (art. 29, 2.º). Nesse pressuposto, a morte do acusado extingue a ação ou a pena, mas não extingue a obrigação do ressarcimento (art. 91).

Não fora, realmente, a ressalva, e teríamos de concluir, — dado que a reparação do dano é pena, — pela sua extinção, por morte do delinquente. Mas, o duplo critério por que o legislador encara a indenização, conciliando o preceito da responsabilidade penal pessoal com os reclamos de mais pronta e eficiente assistência à vítima do delito, faz com que a obrigação, como responsabilidade civil que é, declaradamente, quando devida por outros que não o delinquente, se transmita aos herdeiros deste, que pagam uma *dívida*, e não uma *pena*. É como o Prof. GONZÁLEZ DE LA VEGA traduz o pensamento da lei: “desde o momento da prática do delito, o patrimônio pessoal dos seus autores diminui, em razão da dívida *ex delicto*, restando, apenas, a declaração e liquidação judicial do seu total. Os herdeiros do delinquente que morre recebem o acervo onerado com o crédito dos ofendidos. Assim não se pode considerar a reparação como uma pena transcendente, proibida pelo art. 22 da Constituição, porque a pena não se aplica aos herdeiros; eles pagam dívida do *de cujus*”.<sup>106</sup>

<sup>106</sup> FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA. ob. e ed. cit., págs. 110 e 115. O código da Etiópia (art. 224) ressalva o pagamento das reparações

Se, graças à inteligente distinção feita, o conceito é aceitável, ainda quando a reparação seja pena, melhormente se recomenda onde a reparação for apenas um dos efeitos da condenação, como no Código brasileiro.

A morte do acusado não desvanece, portanto, o efeito civil da condenação penal.

35. Outros pontos, relacionados com a questão, costumam ser suscitados e elucidados pelos Códigos, ou tratadistas. Assim, a consequência que a morte do criminoso possa ter sobre a pena ou a providência da publicação da sentença, sobre a pena de confisco especial e sobre o pagamento das custas processuais.

Vejamos cada um desses pontos, não destituídos de importância, pelos embaraços de ordem prática que podem ocasionar.

Silencia, a respeito, o presente Código. Nele, a publicação da sentença é pena, uma das penas acessórias (arts. 67, n.º III, e 73, §§ 1.º e 2.º), sendo um dos efeitos da condenação o confisco dos instrumentos ou do produto do crime (artigo 74, n.º II, letras *a* e *b*).

Ainda aqui, a solução há de ser alcançada pelo mesmo critério visto na hipótese anterior. Pena, que é, a publicação da sentença extingue-se com a morte do condenado. Pouco importa que o Código subordine à exigência do interesse público a sua decretação. Pouco importa que essa decretação seja de ofício, pelo juiz. O interesse público, motivador da imposição da pena, deve ceder, no caso, ao interesse privado, que requer piedoso silêncio em torno ao morto. Não serão estas razões de coração: que conveniência de ordem pública

---

civil a quem de direito, desde que constantes de condenação em vida do acusado. O código espanhol (art. 117) estabelece que a responsabilidade civil oriunda de delito ou contravenção se extingue do mesmo modo que as obrigações civis, observadas as normas do direito civil. O Projeto SOLER prescreve que a morte do agente não influi sobre as indenizações resultantes do delito, se ocorrida antes da condenação, nem sobre as reparações devidas, se verificada depois. (arts. 100 e 105).

seria tal que justificasse a divulgação pela imprensa, em sentido de pena, de uma condenação a alguém, anterior ao falecimento? Imposta embora em vida do criminoso, mas cumprida depois da sua morte, seria tal pena, positivamente, um castigo à memória, com o que não se coadunam os postulados modernos da justiça penal.

Acresce que a despesa da publicação, *ex vi* do disposto no Código (art. 73, § 1.º), corre por conta do condenado. Sendo este insolvente, far-se-á, então, a inserção em órgão oficial. A lei não autoriza, nem mesmo em caso de insolvência do condenado, estampar-se a sentença à custa do ofendido ou do interessado, como consentido pelo Código mexicano, mediante solicitação (art. 47). Pergunta-se: morto o condenado, quem pagaria a publicação da sentença? Se a herança, se os herdeiros, teríamos a cargo de outrem, que não o delinqüente, os ônus da pena, ou, até, a própria pena, cuja vulgarização fere a descendência nos seus sentimentos de honra e no direito, que lhe assiste, de preservar de apreciações desprimorosas a memória querida. Salvo se a condição de morto fosse assemelhada à condição de insolvente, e, neste caso, transferida para jornal oficial, sem gasto particular, a publicidade. Desde que o legislador não o prevê, haveria arbitrio, se assim acontecesse.

Posto que à primeira vista se afigure rara a ocorrência de morte de delinqüente, entre a condenação e a referida publicação, uma vez que essa pena é decretada na própria sentença condenatória à pena principal, e, — fácil, como se torna, a execução —, não há de demorar em ser cumprida, convém não esquecer que a inserção na imprensa somente se dará depois de definitiva a condenação, decorrendo, desarte, entre a data da sentença e a data em que transita em julgado, um prazo mais ou menos longo, e que circunstâncias especiais podem, às vezes, dilatar.

Não atinamos porque prescrevia o projeto ALCÂNTARA MACHADO não obstar à publicação da sentença a morte do condenado (art. 56, § 2.º). A mesma ressalva estava no projeto SÁ PEREIRA, explicando-se, mais, que a publicação seria

“à custa da sucessão” (art. 122). Há de interessante, no que concerne a esse idêntico critério, que, enquanto a publicação da sentença era, no projeto SÁ PEREIRA, uma das penas acessórias, não passava, no projeto ALCÂNTARA, de efeito necessário da condenação, e só da condenação por certos crimes ou a determinadas penas (art. 53, n.º 1). Seria mais natural, assim, a conclusão do projeto ALCÂNTARA.

Em moldes originais, tratou a matéria o projeto argentino de 1937. A publicação da sentença condenatória é uma das formas da indenização civil, meio de reparação do dano não patrimonial causado pelo crime (art. 93). Podem solicitar a satisfação a vítima ou os seus herdeiros, custeando as respectivas despesas o condenado. Ainda que o texto silencie sobre a extensão da obrigação aos herdeiros do delinqüente, e embora os autores do projeto considerem a publicação da sentença uma “verdadeira sanção acessória”, o certo é que ela se faz a título de indenização de prejuízos, visando, sobretudo, ao dano moral que o delito ocasionou. Permanece, portanto, a obrigação, mesmo depois de morto o acusado.<sup>107</sup>

Relativamente à condenação ao confisco dos instrumentos ou do produto do crime, devemos considerar, como recomenda NYPELS, a confiscação, forma da reparação civil, e a confiscação, quando medida de interesse público, para subtrair ao delinqüente os meios com que realizou o crime ou os proveitos que auferiu da sua prática.<sup>108</sup>

Num como noutro caso, na conformidade dos princípios que temos assentado, está visto que a morte do condenado nenhum efeito produz, devendo, portanto, efetivar-se o confisco. Realmente, quanto à segunda hipótese, não se compreenderia que os herdeiros do delinqüente houvessem direito a ficar com instrumentos do crime, por si mesmo de posse e uso vedados. Quanto à primeira hipótese, se a confiscação,

<sup>107</sup> Ver JORGE E. COLL Y EUSÉBIO GÓMEZ, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, 1937, págs. XXVII e 31.

<sup>108</sup> NYPELS-SERVAIS, *Le Code Pénal Belge Interprété Principalement au Point de Vue de la Pratique*, 3.ª ed., t. 1.º (*Droit pénal général*), Bruxelas, 1938, pág. 375, n.º 2.

como figurado, entra como parte da reparação civil, os herdeiros continuam por ela obrigados.

A solução é, perfeitamente, legítima em face do nosso Código, que, embora não enquadre na indenização civil a perda dos instrumentos e do produto do crime, considera-a um dos efeitos da condenação (art. 74, n.º II, letras *a* e *b*), sendo que, em relação aos instrumentos, quando “consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”. Se a confiscação especial não é pena, mas um dos efeitos da condenação, de que o outro efeito é a obrigação de indenizar o dano resultante do crime (art. 74, n.º 1), aplicam-se à espécie os mesmos princípios reguladores da reparação civil, na eventualidade da morte do criminoso.

Pelo Cód. Penal mexicano, a perda dos instrumentos ou objetos do delito, quando de uso proibido, é uma das penas estabelecidas (arts. 24, n.º 7, e 40); logicamente, devia extinguir-se, com a morte do criminoso, mas o mesmo Código dispõe em sentido contrário (art. 91).

Por morte do acusado, transfere-se aos herdeiros a obrigação do pagamento das custas e despesas judiciais? Se tal pagamento for devido, a título, ou como modalidade de pena, a resposta negativa se impõe. Se for devido, porém, como forma ou parte de indenização civil, a solução é afirmativa.

Assim opinava NYPELS, uma vez que o Código belga não incluía entre as penas o pagamento das custas e despesas processuais, que tinham, assim, o caráter de dívida civil, exigível dos herdeiros do acusado, como qualquer outra dívida. A morte do delinquente deve preceder, porém, a sentença condenatória às custas.<sup>109</sup> E é evidente, porque as custas representam ônus para o vencido, no caso, o condenado. Morto o criminoso, antes de condenado, extingue-se a punibilidade, decorrendo, daí, a não-obrigatoriedade de pagamento das custas. Não há vencido por veredicto da justiça.

---

<sup>109</sup> NYPELS-SERVAIS, ob., vol. e ed. cit., pág. 380, n.º 4.



O Código italiano dá ao Estado hipoteca legal sobre os bens do imputado, para, entre outros fins, o pagamento das despesas do processo (art. 189, § 2.º). E no art. 198 fixa a regra de que a extinção do crime, ou da pena, não importa a extinção das obrigações civis.

A mesma regra subsistirá em face dos Códigos português (art. 75, n.º 4) e argentino (art. 29), onde o pagamento das custas aparece como um dos efeitos da condenação penal.

No Brasil, o Código de 1890 (art. 69, letra c) decretou, também, a “obrigação de satisfazer as despesas judiciais”, como um dos efeitos da condenação penal. Omissis, a respeito, o novo Código, a solução não pode deixar de ser na conformidade dos princípios gerais sobre a matéria, tanto mais quanto há precedente na legislação. Acresce que o Código Civil brasileiro confere *hipoteca legal* ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano e *pagamento das custas*, bem como à Fazenda Pública, para o cumprimento das penas pecuniárias e o *pagamento das custas* (art. 827, ns. 6 e 7). Certo, considerou o legislador penal de 1940 desnecessário contemplar no Código referência expressa à obrigatoriedade da satisfação das custas e despesas, tanto por motivo dos preceitos civis invocados, como pela razão de se tratar de matéria processual.

Conclui-se, assim, que, participando os gastos judiciais da importância pecuniária indenizável civilmente, por efeito do crime, estão os herdeiros do criminoso obrigados a esse pagamento. Se os herdeiros do ofendido, *ex vi* da norma civil citada, têm assegurada a hipoteca sobre os bens do delinquente, para satisfação do dano e pagamento das custas, por que justificativa haveria de se poupar aos herdeiros do delinquente o encargo?

Ressaltemos, por findar, o parecer de CARVALHO SANTOS, citando cópia de civilistas pátrios: “A hipoteca deve recair sobre os imóveis do delinquente, mas, sem dúvida, se este falecer, a obrigação de indenizar passando para seus herdeiros, a de garantir com a hipoteca legal consequência daquela,

também se transmite aos herdeiros do delinqüente, ficando eles responsáveis até onde chegam as forças da herança".<sup>110</sup>

Alguns Códigos incluem entre as obrigações do condenado a de indenizar as despesas com o cumprimento da pena. É o que o Código português denomina "as despesas de expiação" (art. 75, n.º 4), o Código italiano, "despesas para a manutenção do condenado nos estabelecimentos penais" (art. 188), o Código uruguaio, "as despesas de alimentação, vestuário e alojamento durante o processo e a condenação" (art. 105, letra e).

Cumprе determinar se a morte do delinqüente extingue a obrigação de pagamento de tais despesas, feitas pelo Estado, e reembolsáveis, como acima indicado, pelo criminoso.

Pelo Código uruguaio, trata-se de um dos efeitos da responsabilidade civil decorrente do delito. Deve ser declarado na própria sentença de condenação penal. Silencia o legislador sobre a extensão do poder extintivo do crime ou dos efeitos da condenação, atribuído à morte do réu (art. 107).

Já o Código italiano estatuiu, expressamente, que não se transmite aos herdeiros do condenado a obrigação de reembolsar o erário das despesas feitas com a sua manutenção no presídio (art. 188, *in fine*). O projeto ALCÂNTARA MACHADO, cujas afinidades com o diploma italiano foram salientadas, e pelo próprio autor confessadas, continha idêntico dispositivo, sendo a obrigação de ressarcimento dessas despesas efeito necessário da condenação a certos crimes ou a determinadas penas (art. 53, n.º 3).

Nada prescreve o Código atual sobre a obrigatoriedade de tal indenização, muito menos sobre a influência, no caso, da morte do delinqüente. A conclusão, pelos precedentes verificados, é de que, mesmo devido o reembolso pelo condenado, não o será pelos seus herdeiros. Premissas diversas das fixadas nas hipóteses anteriores autorizam essa solução, diversa.

---

<sup>110</sup> J. M. DE CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado, Principalmente no Ponto de Vista Prático*, Rio de Janeiro, 1935, vol. X (*Direito das Coisas*), pág. 436.

A morte do agente não impede a revisão do processo, para a apuração e declaração da inocência do condenado. Interposto o recurso ainda em vida do sentenciado, se sobrevier a sua morte, antes da decisão, prosseguirá o feito a sua marcha, nomeando-se curador para a defesa (Cód. de Processo Penal, art. 631). Mas a revisão pode ser intentada, ainda mesmo depois de morto o condenado, caso em que o pedido será feito pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (Cód. de Proc. Penal, art. 623). Tem por objetivo a revisão, mediante novo e cuidadoso exame do processo, já findo, o reconhecimento da irresponsabilidade penal do condenado, e, conseqüentemente, a sua reabilitação e perfeita reintegração no estado anterior à condenação. Assim, procedendo-se à revisão, depois de morto o sentenciado, a decisão que lhe proclamar a inocência será reparação à sua memória. A morte, portanto, nada obsta a que se faça a revisão, para esse fim. Assim já resolvera o nosso Supremo Tribunal Federal, em 1895 e 1909.<sup>111</sup>

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*II — pela anistia, graça ou indulto;*

**BIBLIOGRAFIA.** MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, nova edição, Paris; JOSÉ CARLOS RODRIGUES, *Constituição Política do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863, págs. 76 a 78; ARAÚJO FILGUEIRAS JÚNIOR, *Código do Processo do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1874, vol. 3.º; F. R. DARESTE, *Les Constitutions Modernes*, 2.ª ed., Paris, 1891; MARTINS JÚNIOR, *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, 1895, págs. 157 a 177 e 263 a 283; ARISTIDES MILTON, *A Constituição do Brasil. Notícia Histórica, Texto e Comentário*, Rio de Janeiro, 1895, págs. 44 a 63; Dra. CONCEPCIÓN ARENAL, *Obras Completas*, t. 12, *El Derecho de Gracia ante la Justicia*, Madri, 1896; RUI BARBOSA, *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1896;

<sup>111</sup> Ver AFONSO DIONÍSIO GAMA, *Código Penal Brasileiro, Anotado*, 2.ª ed., São Paulo, 1929, pág. 121, nota 194; VICENTE FIRAGIBE, *Dicionário de Jurisprudência Penal do Brasil*, 2.º vol., São Paulo, 1931, pág. 49, ns. 2.542 e 2.553.

RODRIGO OTÁVIO, *Constituições Federais* (Brasil, Estados Unidos, Argentina e Suíça), Rio de Janeiro, 1896; FELISBELO FREIRE, *As Constituições dos Estados e a Constituição Federal*, Rio de Janeiro, 1898, págs. 75, 76 e 138; LOUIS CABAT, *De l'Amnistie*, Paris, 1904; BERNARDO DE IRIGOYEN, *Ley de amnistia* (Discurso no Senado argentino), 1904; PAULO DOMINGUES VIANA, *Constituição Federal e Constituições dos Estados*, Rio de Janeiro, 1911; MARTÍNEZ DEL CAMPO Y KELLER, *El Problema de la Delincuencia*, Madri, 1916, págs. 102 e 103; CONSTANCE AMOR Y NAVEIRO, *El Problema de la Pena de Muerte y de sus Sustitutivos Legales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madri, 1917, pág. 323; ARAÚJO CASTRO, *Manual da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1921, págs. 106 a 108; CASTRO NUNES, *As Constituições Estaduais do Brasil, Comentadas e Comparadas entre si e com a Constituição Federal*, Rio de Janeiro, 1922, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 132 a 135; GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1923, vol. 3.<sup>o</sup>, págs. 359 a 365; AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, 1925, parte 1.<sup>a</sup>, págs. 749 a 764; E. NOURISSAT, *Commentaire de la Loi d'Amnistie du 3 janvier 1925*, in *Bulletin-Commentaire de Lois et Décrets*, Paris, 1925, t. XV, ns. 3 e 4; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, 1929, págs. 467 a 479 e 555 a 559; MARIANO RUIZ FÚNES, *Delito y Libertad*, Madri, 1930, págs. 40 a 52; JIMÉNEZ DE ASÚA, M. GRODSINSKY, J. ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ e M. FIGUEROA ROMAN, *La Vida Penal en Rusia*, Madri, 1931, pág. 104; MIRKINE GUEZZVITCH, *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madri, 1931; *Les Constitutions des Nations Américaines*, Paris, 1932; GEMINIANO DA FRANCA, *O Instituto Jurídico da graça*, in *Arq. Judiciário*, vol. 27, 1933, págs. 17 a 33 do suplemento; MELQUIADES PICANÇO, *O Direito de indultar em face da nova Constituição*, in *Arq. Judiciário*, 1935, vol. 35, suplemento, pág. 123; BATISTA DE MELO, *Perdão e comutação de penas criminais*, in *Arq. Judiciário*, Rio de Janeiro, 1935, vol. 35, suplemento, págs. 211 a 216; vol. 36, suplemento, págs. 56 a 60; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1936, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 208 a 215; PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1937, pág. 147; MAGALHÃES DRUMOND, *Aspectos do Problema Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, págs. 107 a 110; NESTOR DUARTE, *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional*, Rio de Janeiro, 1939, caps. II e III; JOSÉ ALMARAZ, *El derecho penal de México independiente*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1942, t. 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, pág. 200; URBANO MARIN, *La libertad condicional en Chile*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1942, t. 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, pág. 225; GONÇALO ROLLEMBERG LEITE, *Graça, indulto, anistia e reabilitação*, in *Anais do 1.<sup>o</sup> Congresso Nacional do Ministério Público*, vol. 8.<sup>o</sup>, Rio de Janeiro, 1942, págs. 329 a 346; LEMOS BRITO, *Do Poder de Agraciar*, Rio de Janeiro, 1942; JOSÉ LUÍS

SALES, *Da Suspensão Condicional da Pena*, Rio, 1945, págs. 145 a 168; ANÍBAL FREIRE DA FONSECA, *Interpretação do decreto n.º 24.717, de 13 de julho de 1934, referente a indulto*, in *Pareceres e Votos*, Rio de Janeiro, 1948, pág. 74; FAUSTIN-HÉLIE-JEAN BROUCHOT, *Pratique Criminelle des Cours et Tribunaux*, vol. 1.º (*Droit Pénal*), 5.ª ed., Paris, 1948, págs. 115 a 124; GIUSEPPE BIAGINI, *Amnistia, condoni e indulti*, 1950; JORGE ALBERTO ROMEIRO, *O perdão judicial*, *Jornal do Comércio*, Rio, julho de 1951 e *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1965; ALFREDO JANNITI PIROMALLO, *Esposizione critica della giurisprudenza sui decreti de amnistia e d'indulto dell'ultimo decennio*, Milão, 1951; HAROLDO VALADÃO, *Indulto e comutação de pena* (Parecer), *Justitia*, 1953; GINO GORGOLIONE, *I decreti di clemenza*, Milão, 1954; DARIO SANTAMARIA, *Considerazioni sull'applicabilità dell'amnistia al reato continuato*, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1954; JEAN COPPER-ROYER, *L'amnistie*, Paris, 1954; RAFAEL WALKER, *Algunas consideraciones sobre el indulto*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, t. XIV, 1954; ARNALDO SAMPAIO, *O perdão judicial*, Rio, 1955; GONÇALVES DE OLIVEIRA (A.), *Indulto e medida de segurança*, Parecer, *Revista Forense*, 1957; WERNER GOLDSCHMIDT, *Que es y por que se concede una amnistia?*, *La Ley*, 1958; MARIETA ALVES, *Quando fálhou a magnanimidade de D. Pedro II*, *A Tarde*, 1958; ALBERTO S. MILLAN, *Amnistia penal*, Buenos Aires, 1958; BARBOSA LIMA SOBRINHO, *Anistia e delitos políticos*, *Jornal do Brasil*, 1962; FLAMÍNIO FÁVERO, *Ovelhas tresmalhadas*, *Folha de São Paulo*, 1962; HELI LOPES MEIRELES, *A anistia e os servidores públicos*, *Folha de São Paulo*, 1962; ARRUDA CÂMARA, *O Supremo Tribunal e a anistia*, 1964; Brasília, ALOÍSIO ADJUTO SILVEIRA, *Indulto a réu ou condenado foragido*, *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, 1965; HUMBERTO H. DE SOUZA MELO, *Anistia* (Pesquisa do Serviço de Informação Legislativa), *Revista de Informação Legislativa*, 1965; FRANCO GUARNIERI, *Annotazione sulla recente amnistia*, *Rivista Penale*, 1966; ALFRED LÉGAL, *L'amnistie et le sursis probatoire*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1968.

## COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 36. Histórico do direito de graça. 37. O direito de graça no Brasil. 38. Fundamento. 39. Os abusos na prática. 40. Modalidades do direito de graça. 41. Anistia. 42. Espécies de anistia. 43. A apreciação do ato de anistia pelo Poder Judiciário. 44. Crimes em que cabe a anistia. 45. A anistia e os crimes conexos. 46. Condições para a anistia. 47. Efeitos. 48. Renúncia. 49. Revogação. 50. Anistia e indenização civil. 51. Poder competente para anistiar. 52. A competência no



direito brasileiro. 53. Competência da União Federal ou dos Estados. 54. Graça. 55. Condições. 56. Pedido de graça. 57. Indulto. Defensores e opositores. 58. Espécies de indulto. 59. Indulto a processado ou a condenado. 60. Crimes e penas em que cabe o indulto. 61. O indulto e os crimes conexos. 62. Condições para o indulto. 63. Efeitos. 64. Renúncia. 65. Revogação. 66. Extensão aos co-autores. 67. Indulto a foragido. 68. Indulto e condenação condicional. 69. Indulto e indenização civil. 70. Poder competente para indultar. 71. A competência no direito brasileiro. 72. Competência da União Federal ou dos Estados.

36. O direito de graça foi prerrogativa soberana que jamais se contestou aos governantes e ainda hoje se reconhece, embora sob restrições ou condições, ao poder público.

É privilégio tão antigo, que LADISLAU THOT o considera contemporâneo, quase, da pena.<sup>112</sup>

Teriam os homens pressentido a sua necessidade, no momento justo em que sentiram o rigor ou a crueldade de uma norma, para o caso ocorrente. A evidência, repetida, desse excesso vingativo, e a convicção, que ia enraizando, da contingência de todas as ações humanas, mesmo daquelas ditas com base em princípio de justiça, vieram sendo motivos para um esboçar de realização da desforra em conformidade com a ofensa.

É um vago pensamento individualizador, que nem a si mesmo se surpreende tal, nas consciências dominadas, ainda, e até bem pouco, pela idéia desumana da represália.

O antiqüíssimo costume de asilar criminosos, meio de pacificação dos espíritos, espaçando as contendas bélicas, que a vindita privada amiudava, foi uma afirmação do sentimento de equidade e benignidade que o homem sonhava infundir na prática da justiça, por lhe moderar as durezas e conter os desatinos.

---

<sup>112</sup> LADISLAU THOT, ob. e ed. cit., cap. VII, *Otras instituciones de la antigua justicia criminal*, pág. 334.



Qual fosse a origem ou o fundamento desse uso de clemência, não sabem, ao certo, os estudiosos das primitivas instituições, entretidos em múltiplas teorias e explicações.

Para uma dessas, o direito de asilo deriva do direito dos soberanos, consequência do poder, que lhes assistia, de perdoar os crimes de lesa-pátria, ou emanação do seu sumo poder, de que nasciam e a que se subordinavam todos os outros direitos.

Por esse aspecto, a prerrogativa moderna de graça encontra o seu mais remoto símile no direito de asilo. Há de comum, entre as duas usanças, a expressão de indulgência, por que ambas se afirmam, e, sobre isso, uma feição pessoal, que ainda distingue presentemente esse atributo dos governantes, e existiu na velha instituição do asilo, tão viva que muitos indivíduos, por sua condição especial, ou incontrastável influência, concentravam em si mesmos, em imunidade do corpo, da casa e até do próprio cadáver, o predicado capaz de fazer subtrair o malfeitor ao castigo da sua falta.

Os romanos adotaram, sempre, o privilégio da graça, sob modalidades que variavam, no sentido e na extensão, de acordo com as mutações políticas. Aqui, dividida a atribuição entre a realeza e o povo, a seguir, entre os cônsules e o povo, depois, exclusividade dos imperadores, ora um direito amplo de graça, ora menos amplo, mas, no fundo, sempre a mesma característica de indulgência, essencial do instituto.

Pela *provocatio ad populum* dos tempos da realeza, confiava o réu ao povo, através das cúrias, a decisão última sobre o julgado, que o condenara. Não era bem um recurso de apelação. A sentença não sofria, propriamente, uma revisão pela assembléia popular. As atribuições desta não iam ao ponto de aumentar ou reduzir a penalidade imposta; cifravam-se, tão-só, em confirmá-la ou anulá-la, o que revela, afinal, o uso de uma simples faculdade de graça, deferida, além do mais, aos comícios, porque neles residia o poder legislativo. Admitido, então, como alguns autores admitem, que mesmo em relação à decisão proferida pelo próprio rei, fora lícito, em dadas circunstâncias, o conhecimento do caso

pelos comícios, não há atribuir a estes a qualidade de instância normal revisora, visto a jurisdição penal soberana do rei, como observa GASCOIN.<sup>113</sup>

Mas dessa instância de graça, que as cúrias representavam, havia, isto sim, um recurso extremo, não para o juízo dos homens, possivelmente falível, mas para o patrocínio generoso das divindades. Confirmada a pena de morte, restava ao condenado a esperança de encontrar em caminho, quando o conduziam ao local da execução, alguma das vestais; porque, se isso acontecesse, e assegurada, sob palavra da deusa, que não mentia, a casualidade do fato, a pena máxima estava total e definitivamente perdoada, se bem que MOMMSEN afirme não se conhecer, pelos textos romanos, nenhuma aplicação dessa proteção singular.<sup>114</sup> De tal regalia desfrutavam, também, outras divindades, embora em escala menor, na razão do seu menor prestígio.

Tudo demonstra, e por excelência, esse apelo poético a poderes sobre-humanos, um propósito de moderação dos rigores implacáveis da lei, na aplicação ou execução da pena, em especial a de morte. Já os romanos percebiam que, adstrito o julgador ao determinado na norma rígida, algumas vezes, em consequência disso, resultava a sentença, nos seus efeitos, acima da gravidade ou relevância do fato, e convinha, assim, que outra autoridade, sem aquela obrigação de observância ao estatuído, pudesse ajustar o veredicto à realidade. O povo estava chamado a essa função, que exerceu, pela *provocatio* do direito originário, continuada no direito posterior.

Como se depreende de uma passagem do Digesto, advindo a república, e receando os romanos pudessem os cônsules abusar da faculdade de jurisdição criminal plena, sem recurso de revisão ou de graça, que lhes fora, a princípio, con-

---

<sup>113</sup> ADOLPHE GASCOIN, *De l'Influence dans la Législation Romaine des Distinctions Personnelles aux Auteurs de Crimes ou Délits en Matière Pénale Ordinaire*, Paris, 1895, pág. 28.

<sup>114</sup> THÉODORE MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain*, trad. de J. DUKESNE, t. 2.º, Paris, 1907. t. 18 do *Manuel des Antiquités Romaines*, pág. 143.

cedida, não tardaram em conjurar o perigo, criando o apelo ao perdão do povo, convocado agora, para esse fim, em centúrias.<sup>115</sup>

O *jus provocationis ad populum* para os casos de pena privativa da vida, da liberdade ou da cidade, participava, mesmo, tal a importância de que o revestiam, da tríade de direitos públicos, constitutiva do privilégio de cidade.

Duas outras instituições preenchem, a esse tempo, a mesma finalidade de suspensão, ou termo do processo, com que se beneficiava o acusado. Uma, a *intercessio*, espécie de apelo de graça aos tribunos do povo, cujos poderes, no caso, eram latos, inclusive o de anular toda a acusação. Outra, a *abolitio publica*, medida política, tomada pelo Senado, quando o exigiam os interesses de ordem estatal, ou para celebrar as divindades, nos seus dias de festa, e a que, salvo algumas características, podemos filiar a anistia, dos nossos dias.

O cidadão romano dispunha, assim, à sua escolha, da *provocatio* e da *intercessio*, não houvesse preferido o exílio, direito que lhe era reconhecido para escapar ao cumprimento da pena máxima, mas de que, afinal, não resultavam, às vezes, maiores consequências, porque o perdão da pena, com o regresso à pátria e a reintegração completa nos direitos políticos e civis, podia vir compensar as vicissitudes, assim o entendesse a vontade do Senado ou do povo.

Também ainda agora os deuses, quando os condenados caíam nas suas boas graças, costumavam intervir na justiça dos homens, com um *augúrio* favorável, cujo efeito era o

---

<sup>115</sup> Dig., Liv. 1.º, tit. 2.º, n.º 2, § 16: "*exactis deinde Regibus, Consules constituti sunt duo, penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est. Qui tamen ne per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata factum est, ut ab iis provocatio esset, neve possent in caput civis Romani animadvertere intussu populi*" (expulsos os reis, foram constituídos dois cônsules, com o exercício, por lei, do sumo poder. Mas para que de todo não reivindicassem para si o poder dos reis, dispôs-se, por lei, que haveria deles apelação, e que não poderiam, sem a aprovação do povo, impor a pena capital a nenhum cidadão romano), pág. 202 do vol. 1.º da obra citada de GARCÍA DEL CORRAL.

termo definitivo do processo ou da pena. Assim, recursos humanos e intermédios sagrados se combinavam ou confundiam, na república romana, para benefício dos condenados, principalmente nos instantes de provação nacional, quando Roma não desdenhava mobilizar, para o seu serviço, os condenados, aos quais anistiava, ou ia buscar no voluntário desterro, esquecendo-lhes o passado.

O império não mais oferece tais e tantas oportunidades de mercê ao acusado. Recursos, como o do asilo e o do exílio desaparecem. Impõe-se, em toda a plenitude, a vontade imperial, que não permite contraste. Dessa onipotência, é que pode vir, e vem, como ato de benignidade, o perdão.

Acentua LADISLAU THOT as duas modalidades desse privilégio imperial, conforme a graça fosse antes ou depois da condenação, podendo ser, nesta última hipótese, antes, durante ou depois do cumprimento da pena. Pela primeira forma, a *abolitio* — tivesse o nome de *indulgência*, de *vênia*, de *intercessão* ou de *anistia* —, o efeito era o de extinguir a ação. A outra modalidade, a *gratia*, propriamente, era a remissão da pena, executória ou executanda; quando esse perdão vinha depois de cumprida a penalidade, operava a restituição integral do condenado nos seus direitos.<sup>116</sup> Tudo, porém, privativo do imperador, que herdara, assim, como notado, as prerrogativas dos comícios e dos tribunais.

Eram essas, todavia, modalidades de graça individual. O favor imperial podia ser, outrossim, para vários condenados ou acusados, e assumia, neste caso, o aspecto de uma *abolitio*, justificada pelo decurso de um dia de gala, público regozijo etc.<sup>117</sup>

Afora e acima desses ensejos de magnanimidade, disputavam ainda os imperadores — decorrente, também, do seu poder de graça —, a faculdade do perdão geral, umas vezes, ato de início de governo, tentando estabelecer a concórdia

<sup>116</sup> LADISLAU THOT, ob., ed. e loc. cit., pág. 335.

<sup>117</sup> Dig., Liv. 48, tit. 16, ns. 8 e 9: "*Abolitio aut publice fit ob diem insignem, aut publicam gratulationem, vel ob rem prospere gestam*"... pág. 776, t. 3.º da obra citada de GARCÍA DEL CORRAL.

sobre as desavenças internas e formar, por conseguinte, ambiente de simpatia e confiança; outras vezes, ato derradeiro, em despedida aos governados, como a apontar-lhes, para lembrança aprazível, o reinado, que, de certo, somente recordações penosas deixaria. Nessa *lex oblivionis* romana, está a primeira manifestação da moderna anistia, mais tipicamente, ainda, do que a *abolitio publica* da época republicana.

Período de transição, a Idade Média vê decrescer, sensivelmente, o costume da graça; ainda existe, todavia, ora como comutação da pena de morte, quanto à forma de execução, por um processo menos grave; ora como proibição dos meios de tortura, tão freqüentes, para efeito de confissão do delinqüente; ora como permissão de defensor ao réu, em certos delitos em que, por sua atrocidade, não lhe era consentido esse patrocínio.<sup>118</sup>

No antigo direito francês, foram comuns as *lettres d'abolition générale*, declaração do rei pondo perpétuo silêncio a determinadas infrações ou às infrações cometidas em determinado lugar. Tais *cartas de remissão* eram, às vezes, de caráter individual, e se denominavam, por isso, *especiais*, para diferença daquelas outras, que eram chamadas *gerais*. O direito revolucionário contestou ao direito de graça qualquer legitimidade ou utilidade, e, por isso, não figura o instituto na Constituição de 1791, enquanto o Cód. Penal da época decreta expressamente a sua abolição nos crimes de julgamento popular, e qualquer que fosse a modalidade, *lettres de grâce, de rémission, d'abolition, de pardon et de commutation des peines*. Entretanto, como lembra TRÉBUTIEN, a Assembléia Nacional Constituinte usou, freqüentes vezes, da anistia.<sup>119</sup> A lei constitucional de 1875, finalmente, situa a graça entre as atribuições do presidente da República e a anistia entre as do Poder Legislativo.

<sup>118</sup> LADISLAU THOT, ob., ed. e loc. cit., págs. 336 e 337.

<sup>119</sup> F. TRÉBUTIEN, *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, t. 1.º, Paris, 1854, pág. 332.



37. Resolvida pelo Governo lusitano a colonização do Brasil, com a multipartição do seu território em porções hereditárias, as cartas de doação desses feudos e respectivos forais outorgavam verdadeiros atributos de soberania aos donatários. Em matéria de jurisdição, competia-lhes, juntamente com o ouvidor que criassem e nomeassem, o exercício pleno da justiça penal, a coberto de qualquer recurso as suas sentenças, que podiam ir à aplicação da pena de morte, mesmo aos homens livres, não importava o crime, e até os nobres, quando os delitos fossem de heresia, traição, sodomia e moeda falsa. Correção, alçada, ou “alguma outra espécie de justiça para exercitar jurisdição de qualquer modo em nome del-rei”, eram práticas proibidas formalmente nos novos domínios, tanto cuidava o reino de não dificultar, com restrições de poder ou desnecessárias interferências, a grave tarefa colonizadora imposta àqueles ilustres vassalos.

Povoar a terra acrescida ao império, defendê-la contra a cobiça estrangeira, eram as determinantes políticas dessa feudalização. Povoamento e defesa exigiam gente. Com a vinda dos capitães-mor e os séquitos de apaniguados e servidores, transferiram-se, também, criminosos que, antes, iam cumprir à África as suas penas de degredo. E as capitanias ficavam sendo, por destinação inserta nos seus próprios forais, ponto de *couto* e *homizio* para delinquentes que andassem errantes por outras terras e que poderiam aqui encontrar o completo olvido da sua falta, mesmo os condenados à pena de morte, exceção feita, somente, de condenação pelos crimes acima referidos.

A conveniência política fazia com que se moderasse, assim, nas terras a civilizar, a aplicação dos desumanos preceitos das Ordenações portuguesas. Dessa forma, a munificência régia brindava a réus da pior espécie com a graça do perdão, assim concordassem eles em ingressar no Brasil.

Para a derrocada, que não tardou, do sistema das capitanias, tiveram parte, nos descontentamentos e rivalidades que separavam os feudos, já de si mesmos, inicialmente, distanciados e indiferentes, os abusos desse favor de *homizio*,



que os criminosos iam buscar em outra capitania, com sacrifício ou descrédito da autoridade política e jurisdicional do senhor em cuja circunscrição demoravam.

Unificada a direção da colônia sob governo-geral, o primeiro governador recebe, entre as atribuições, a de faculdade ampla na concessão do perdão aos gentios, cuja incorporação às milícias da igreja católica era agora, segundo declarado, o objetivo principal da colonização. As instruções ao novo governante aconselhavam a guerra aos indígenas inimigos, mas como recurso derradeiro, quando fracassados todos os oferecimentos de paz e de perdão, tão certo, afinal, que deles precisava o império, “para o fim da propagação da fé e aumento da povoação e comércio”. Se assim mandaram ao probo delegado, melhor, ou pior, o cumpriu ele, revogando “a seu arbítrio as leis penais das Ordenações, perdoando a facinorosos de toda a casta”, como observa o nosso grande historiador João RIBEIRO, com o que “acumulou muitas dificuldades para os seus sucessores e autorizou maiores injustiças”.<sup>120</sup>

Os próprios degredados, que não estivessem condenados por falsidade ou furto, podiam ser distinguidos pelo governador-geral com o provimento em ofícios de justiça e fazenda, em recompensa de bons serviços prestados.

Em sentido geral, os regimentos baixados para os diversos governadores, que se sucederam, admitiram, sempre, essa faculdade do perdão, ou comutação, variando, apenas, as condições ou limites do seu exercício. É o que se depreende dos documentos que ficaram conhecidos.

Ainda a isso presidia, sem dúvida, o desejo de atrair ao serviço da colônia, nos seus reclamos de prosperidade econômica e para as necessidades, sempre prementes, cada vez mais prementes, de sua defesa e guarda, os malfetores, como também, já agora, os criminosos mamelucos, aos quais, uns e outros, se tomava, não raro, o compromisso de irem à guerra, em troca do perdão.

---

<sup>120</sup> JOÃO RIBEIRO, *História do Brasil (Curso superior)*, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1914, pág. 103.

Com esses antecedentes, os apelos à clemência dos governantes vieram, pelo correr do tempo, provocando deferimentos ou indeferimentos, na conformidade de critérios pessoais, ou circunstâncias de ocasião.

Os pruridos de autonomismo, que começam a irromper aqui e ali, exacerbam os zelos dos serventuários da coroa, e a dureza dos castigos, que usam como meio de repressão, com finalidades preventivas de outros surtos, parece tornar esquecida a velha prerrogativa, especialmente em relação a essa criminalidade política, incipiente e imprecisa.

Uma reação de benignidade real a essa tendência de rigores penais manifesta-se, inequívoca, quando da punição da conjura mineira para a independência da colônia. O exagero da coerção na devassa procedida e o número de condenados à pena de morte, muitos dos quais pessoas de estimação e ilustração, provocaram a liberalidade da rainha de Portugal, D. Maria, ou dos seus conselheiros, por ela, e esse ato de clemência, pelos seus termos, como pelo relevo do episódio a que se referia, afora outras condições, teve tal repercussão, e tão duradoura, que não há sobre ele silenciar quando se trata de situar e explicar o instituto da graça no curso do direito brasileiro.

É um ato de indulgência, sob a forma típica de comutação de penas. Sem individualizar o favor, não mencionando, mesmo, os nomes dos agraciados, atentava, entretanto, para a condição dos réus, uma vez que determinava fossem os eclesiásticos levados presos a Lisboa, para, então, à vista da sentença, se decidir da sua sorte. Quanto aos seculares, subsistiria a pena de morte, ou seria comutada para a de degredo perpétuo, conforme as circunstâncias, agravantes, ou não, de que se houvesse revestido a participação de cada qual, como chefes na trama; ou comutada para degredo temporário a pena dos que, tendo sabido da maquinação, não a tivessem delatado, a tempo.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Ver a íntegra da carta real em ASSIS CINTRA, ob. e ed. citadas, pág. 199.

Interpretando a seu modo, e cumprindo a vontade real, os prolores da sentença acertaram fazer executar a pena de morte a um só dos condenados, comutando em degredo a dos demais.

Embora, assim, medida de benignidade incompleta, a verdade é que temperava, num ato concreto de desaprovação, os excessos de justiça punitiva dos que, faltando ao seu mister, buscavam, por esse preço ingrato, recomendar-se aos olhos da metrópole.

Ao tempo da nossa independência política, nos princípios do século seguinte, vigorantes as Ordenações Filipinas, conhecia-se, por preceito do seu Liv. 3.<sup>o</sup>, o recurso extraordinário de revista, autorizado por especial graça régia, e independente da motivação estrita exigida para a interposição das revistas ordinárias.

A Constituição imperial de 1824 inscreve, entre as atribuições do monarca, no exercício do Poder Moderador, o perdão e a comutação de penas impostas, e, para caso urgente, quando assim aconselhassem “a humanidade e bem do Estado”, a anistia (art. 101, ns. 8 e 9).

Então, entra o direito de graça, através, principalmente, da anistia — sua mais expressiva modalidade, ou única modalidade hoje aceitável —, a concorrer, constante e eficiente, para a tarefa do primeiro império e da regência, pela consolidação da autonomia, e, do mesmo passo, da unidade territorial e política do país.

Tendências liberais e sentimentos humanitários, que haviam de caracterizar uma sociedade política nascida e formada sob generosas dádivas de terras a fidalgos e mercês de perdão a criminosos, imprimiram, assim, ao direito de graça, sob a feição da anistia, o sentido de instituto útil, usado, na monarquia e na república, em maior ou menor frequência, e quase sempre, sem dúvida, com prudente sabedoria, cumprindo, algumas vezes, missão de apaziguamento das paixões políticas e renascimento da confiança geral.

Sob a figura, principalmente, da comutação, correspondeu, ainda, a tais sentimentos e pendores, originando, com

a sua prática continuada pelo Poder Moderador, a abolição, de fato, da pena de morte, no Brasil. Adotada a penalidade máxima no Cód. Criminal de 1830, logo o Cód. de Proc. Criminal de 1832 lhe entrou a aplicação, exigindo a unanimidade de votos dos jurados, para a sua imposição. Ainda: na hipótese de maioria na decisão do júri, prevalecia a pena imediatamente menor, verdadeira comutação compulsória, servindo a um propósito de abrandamento da justiça repressiva (art. 332). O direito de graça exerce, no particular, seu papel temperante. Desde a carta de lei de 11 de setembro de 1826, nenhuma pena de morte seria executada, sem que o Poder Moderador conhecesse do caso, em recurso de petição de graça do condenado, a que acompanhava cópia das sentenças proferidas no seu processo. Mesmo na hipótese de não requerida a graça, subia, o assunto, com a certidão negativa do recurso, ao Governo imperial, para sua definitiva decisão.<sup>122</sup>

Assim, a consumação da sentença se retardava até a palavra do monarca. Era tamanho o apreço a esse apelo de clemência ao Poder Moderador, sem o que não se cumpria a pena de morte, que o regulamento de 31 de janeiro de 1842, recusando aos escravos condenados por homicídio ou ofensa física, na forma da lei de 10 de junho de 1835, qualquer espécie de recurso, mesmo o de revista, ressaltava, contudo, o de petição de graça ao imperador.

O dispositivo solucionava, de vez, a controvérsia sobre a extensão do recurso de graça para acusados de tais delitos, gravíssimos, no critério da época. E solucionava, restabelecendo o princípio geral da lei de 1826, interrompido, em 1829, em relação aos escravos, nas circunstâncias indicadas.<sup>123</sup>

Mais longe ainda o efeito atribuído ao instituto da graça, em relação à condição servil dos beneficiados. Entendeu-se

---

<sup>122</sup> Ver a íntegra da carta de lei em ARAÚJO FILGUEIRAS JÚNIOR, *Código de Processo do Império do Brasil e Todas as Mais Leis*, t. 3.º, Rio de Janeiro, 1874, pág. 687.

<sup>123</sup> Ver: carta de lei de 11 de setembro de 1826; decreto de 11 de abril de 1829; lei n.º 4, de 10 de junho de 1835; decreto de 9 de março de 1837; reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, art. 501.

que o escravo condenado à pena de morte, ou à pena de galés perpétuas, sendo agraciado pelo Poder Moderador, não voltava à propriedade do antigo dono, importando, pois, a clemência imperial um ato liberatório da pena e de servidão.

Destarte, pelos exemplos apontados, ressaltando apreciáveis finalidades, de ordem pública ou privada, podemos afirmar que o instituto jurídico da graça se integrava na própria vida social e política do país.

Continuou na Constituição republicana de 1891, distribuído, agora, ao Poder Legislativo, entre cujas atribuições ficava a anistia (art. 34, n.º 27), e ao Poder Executivo, a que competiam o indulto e a comutação de penas (art. 48, n.º 6).

Indulto e anistia figuraram, pouco antes, no Cód. Penal de 1890, com as consequências próprias de extinção da pena e de extinção da ação e da pena, respectivamente. As Cartas Constitucionais posteriores mantiveram o direito de graça, com modificações, que lhe não alteraram, entretanto, o conteúdo, nem terão embaraçado a prática da anistia, dentro do espírito de conciliação e das finalidades incontestavelmente úteis que assinalam a sua existência secular no direito brasileiro.

Fiel a essa tradição, o novo Código dá à graça um lugar entre as causas extintivas da punibilidade.

38. Diminui, a olhos vistos, o número dos apologistas do direito de graça. Para CONCEPCIÓN ARENAL, trata-se de um anacronismo; teria tido sua razão de ser num tempo em que a justiça obedecia a imperativos de vingança, as leis revestiam incrível crueldade, era limitada a influência dos governantes; desapareceu essa razão de ser, desde que a justiça penal passou a assentar em fundamentos científicos, as leis se humanizaram, restringiram-se os poderes dos soberanos. Tais motivos, que não o justificam, todavia o explicavam, em tempos idos.

Desdobrando impressionante argumentação em apoio do seu ponto de vista, apresenta a ilustre penalista a seguinte síntese das razões em que se firmam os defensores do insti-

tuto: modera o rigor das leis; atende a uma função de equidade, apreciando circunstâncias pessoais do acusado; impede a execução de uma sentença que, depois de pronunciada, se revela injusta; encurta a pena dos condenados que se mostram arrependidos; dá à sociedade um meio de, decretando, em abstrato, penas severas, que ameacem os delinquentes eventuais, aplicá-las em concreto, somente quando se tornem necessárias.<sup>124</sup>

Nenhum desses fundamentos ou finalidades resiste a uma análise. Por outro lado, a alegação da antiguidade e universalidade do instituto não é argumento: como observa, ainda, CONCEPCIÓN ARENAL, a tortura, as ordálias, a vingança de sangue existiram, mas passaram. Ninguém se lembraria, hoje, de preconizar o seu restabelecimento, até porque, em fase normal e fora de regimes de exceção, não haveria clima de justiça que o permitisse.

Reminiscência, o direito de graça, de épocas em que o empirismo das concepções sobre o homem criminoso e sobre a finalidade da pena, reduzia o criminoso a um pária e a pena a um castigo, era compreensível residisse em mãos do governante, como manifestação do seu poder soberano, esse atributo de indulgência penal. Com ele, muitos erros judiciais teriam sido, a tempo, reparados ou atenuados, e muitos excessos de justiça convenientemente temperados. Admitimos, no particular do indulto, houvesse desempenhado, em certo momento, e em certas condições e circunstâncias, um papel individualizador da punição, com o subtrair ao cumprimento do restante da pena o condenado que já se afirmasse, por sua boa conduta, capaz de voltar à vida social.

Mas nem sempre, nas instituições humanas, um passado ilustre autoriza a sua permanência, por tempos sem fim. A idéia de progresso repele tal continuidade, ou perenidade, quando a própria evolução social acaba tornando verdadeira superfluidade, quando não verdadeiro contra-senso, a sobrevivência do instituto antiquado.

<sup>124</sup> CONCEPCIÓN ARENAL, *El Derecho de Gracia ante la Justicia*, t. 12 das *Obras Completas*, Madri, 1896, pág. 7.



Partiu dos penalistas da escola positiva o mais cerrado e orientado combate ao direito de graça. Argumentavam que a prerrogativa poderia existir nos antigos regimes monárquicos, em que a justiça era função exercida em nome do rei; impossível, porém, prevalecer nas monarquias constitucionais ou nos regimes republicanos, que, por suas limitações à vontade pessoal do governante, ou por sua divisão dos poderes políticos, não oferecem ensejo à prática do instituto.

O declínio do absolutismo real e a democratização crescente dos governos tornaram, com efeito, obsoleta a instituição, o indulto, principalmente. Por sua vez, a transformação, por que veio passando, nos seus fundamentos, o direito penal e penitenciário, imprimiu à justiça punitiva princípios científicos, a que não mais se adapta, nas suas tradicionais características, o direito de graça.<sup>125</sup>

Já BECCARIA, em cujo apostolado de humanização da justiça penal alvorecem muitas das idéias que assinalariam, um século depois, o advento do período científico do direito criminal, desaprovava, formalmente, o direito de graça, considerando-o instrumento de descrédito para a lei penal, esperança e estímulo de impunidade.<sup>126</sup> E ROMAGNOSI, que aceitava a instituição, como um “suplemento necessário da legislação”, recomendava, todavia, parcimônia na prática, porque tanto vale a afirmativa de que a graça é para casos excepcionais.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> MONTESQUIEU aplaudiu a prerrogativa real do perdão, proclamando-lhe “admiráveis efeitos”, quando usada com sabedoria, a serviço de um pensamento individualizador da pena, qual o de proporcionar o castigo ao crime; mas, prevendo e sentindo os abusos, observava não se dever confundir a clemência real com a frouxidão ou descaso na repressão dos crimes. *De l'Esprit des Lois*, ed. citada, págs. 88 e 90.

<sup>126</sup> BECCARIA, *Des Délits et des Peines*, 2.<sup>a</sup> ed., anotada por FAUSTIN HÉLIE, Paris, 1870, pág. 128.

<sup>127</sup> Segundo RUIZ FUNES, ao dilema sustentado por FILANGIERI, PASTORET e BENTHAM, de que “ou as leis penais são justas ou prudentes, ou não o são; se o são, devem ser inexoravelmente cumpridas, se não o são, devem ser corrigidas”, opôs ROMAGNOSI este outro.

Não iríamos relacionar todas as opiniões, favoráveis e desfavoráveis ao instituto. A controvérsia envolve, às vezes, a própria doutrina penal, em pontos capitais. GAROFALO, por exemplo, entendia o direito de graça inconciliável com a teoria da pena, função de defesa social, adequável ao tipo do criminoso.<sup>128</sup> Já PRINS, não da mesma escola, mas do mesmo campo oposto ao classicismo, escreveu que o indulto se justificaria, exatamente, em face da teoria moderna, que dá preferência, na apreciação do crime e aplicação da pena, ao criminoso, pelo que é, e não ao ato material que tenha executado.<sup>129</sup>

Teria procedência o reparo do grande criminalista belga, se o princípio da individualização da pena, que o positivismo penal erigiu em fundamento da justiça criminal, não encontrasse outros meios de realização, propostos, até, pela mesma escola.

É assim que a condenação condicional, o livramento sob palavra, o perdão judicial, a pena indeterminada, o arbítrio judicial substituem, hoje, a graça, sem nenhum dos seus inconvenientes.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> GAROFALO, ob. e ed. cit., pág. 402.

<sup>129</sup> A. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 521, n.º 934.

<sup>130</sup> Na Constituinte republicana brasileira de 1891, JOÃO VIEIRA, com a autoridade de professor, já indicava a *sentença condicional*, o *livramento condicional* e a *revisão dos processos*, como sucedâneos da *graça*, de que só aceitava uma modalidade, a *anistia*, e ainda assim para casos extraordinários. O mesmo programa de política criminal, revelando a incongruência do instituto da graça no estágio atual das instituições penais, desdobrou ALVARO VILELA, no seu interessante opúsculo. *A revisão no processo criminal*. Para cada uma das formas da graça, uma medida, em substituição. Em vez do *perdão*, por ato

---

“quereis que a obra da lei seja de um Deus, ou seja de um homem? Se a considerais como de Deus, são inúteis os nossos preceitos e vã a nossa disputa. Se a estimais como de homem, não podereis evitar a sua sujeição a condições inerentes à própria limitação da sabedoria e do poder humanos”. Por essas razões, aceitava ROMAGNOSI o direito de graça, mas excepcionalmente. MARIANO RUIZ FUNES, *Delito y Libertad*, Madri, 1930, pág. 48.

39. Em meio desse desacordo, há, não obstante, entendimento quase geral num ponto: e é que os abusos têm sido incontáveis e incríveis.<sup>131</sup> O que a alguns não parece razoável é condenar-se, sem apelo, o instituto, só pelo mau uso que dele se tem feito.

Há, realmente, exemplos flagrantes de prodigalidade, ou de favoritismo. Por ocasião de transformações políticas e sociais, o pretexto é o de reparar as injustiças e perseguições em que teria sido fértil o antigo regime ou o governo decaído.<sup>132</sup> Em tempos normais o pretexto é menos dramático, porque envolto em justificativas de regozijo público ou privado.

A lei espanhola das Partidas admitia o indulto *geral*, em comemoração de alguma alegria do rei, o nascimento do filho, por exemplo.<sup>133</sup> Não se rompeu, jamais, no país, esta tradição de celebração festiva. Os mais diversos motivos têm, por outro lado, justificado, ali, os indultos. Num período de 29 anos, de 1890 a 1919, 23 indultos, todos de caráter geral, foram deferidos na Espanha, dos quais 13 para criminosos

---

<sup>131</sup> No particular das leis de anistia, lembra GARRAUD que o seu abuso é uma das causas mais apontadas da crise de repressão (*Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*, vol. 2.º, 3.ª ed., Paris, 1914, pág. 626).

<sup>132</sup> O decreto brasileiro de indulto, n.º 19.445, de 1 de dezembro de 1930, baixado pelo Governo revolucionário de então, continha, como primeiro considerando, este: “atendendo a que a vitória da Revolução deve ser assinalada por um ato de clemência a favor dos que incidiram em penalidade correspondendo a delitos praticados, muitas vezes, principalmente pela falta de um regime de prevenção que a situação política deposta não soube estabelecer; bem assim a delitos que a política do Governo decaído, direta ou indiretamente, pela sua desorganização e prepotência, provocava”.

<sup>133</sup> JIMÉNEZ DE ASSÚA, ob., vol. e ed. cit., pág. 30.

---

de graça, a revisão do processo, para efeito de liberdade definitiva ou condicional; em vez da redução ou minoração da pena, ainda por ato de graça, a sentença indeterminada, com revisões periódicas da sua execução: em vez da comutação, ainda a revisão, para o fim de adaptar a pena ao caráter do delinquente. Pág. 175.

políticos.<sup>134</sup> Sobrevindo a República, em 1931, a primeira medida foi a decretação de anistia ampla. Nesse decreto-lei, que tem a data de 14 de abril, recomendava-se, outrossim, aos Ministérios da Justiça, Guerra e Marinha, a elaboração, sem perda de tempo, de um ato de indulto geral, que fizesse “participar a população penal do contentamento do país” (*sic*).<sup>135</sup>

Em França, o pretexto por excelência, em todos os tempos, é o 14 de julho, a que se juntam o dia de Confraternização Universal e as ocasiões de eleição do presidente da República. Os gestos gloriosos da Libertação não demoraram a figurar entre os motivos permanentes de clemência política. O fato é que, no advento da Constituição de 1946, quando o novo Conselho Superior da Magistratura iniciou a tarefa constitucional de opinar sobre os pedidos de graça, estavam conclusos, à espera, simplesmente, da decisão governamental, 70.000 processados. Como *opinar*, em cada caso?<sup>136</sup>

Na Rússia, o dia do Trabalho e o aniversário da revolução bolchevista são pretextos anuais infalíveis para a concessão de graça coletiva.<sup>137</sup> A anistia comemorativa do primeiro decênio da revolução russa abrangeu mais de 40.000 indivíduos. Somente no ano de 1926, quase 100.000 pedidos individuais de *indulto* foram endereçados ao Comissariado de

---

<sup>134</sup> Como registra RUIZ FUNES, entre os indultos comemorativos concedidos pelo regime ditatorial espanhol, um foi, em 1926, pela chegada a Buenos Aires do avião *Plus Ultra*, em que o aviador Ramón Franco realizou a travessia do Atlântico; e outro, em 1927, celebrando as bodas de prata do reinado de AFONSO XIII. MARIANO RUIZ FUNES, *ob. e ed. cit.*, págs. 40 e 42.

<sup>135</sup> Ver a íntegra desse decreto em JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado y Disposiciones Penales de la República*, Madrid, 1934, pág. 854.

<sup>136</sup> Ver: LAFERRIÈRE, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2.<sup>a</sup> edição, Paris, 1947, pág. 1.044, nota I; GOYET, *Le Ministère Public en Matière Civile et en Matière Répressive et l'Exercice de l'Action Publique*, Paris, 1926, pág. 438.

<sup>137</sup> Ver em TOMASO NAPOLITANO, *La Política Criminal Soviética*, 2.<sup>a</sup> ed., Pádua, 1936, pág. 121, os motivos inspiradores das anistias na Rússia.

Justiça, sendo de 50% a percentagem de deferimento.<sup>138</sup> Impressiona verificar que a concessão em larga escala de medidas de clemência foi o meio encontrado para descongestionar os presídios, então superlotados, pelo aumento da criminalidade.

Na Inglaterra, KENNY estimou, certa vez, em 400 os casos de indulto por ano, embora reduzidíssimo o número dos de perdão completo.<sup>139</sup>

Na Argentina foram tais, em certo momento, os abusos, que dois projetos de lei chegaram a ser apresentados, regulamentando a concessão. Depois, o instituto encontrou ambiência para firmar-se em razões ainda mais especiais, que reviviam, talvez, a “sã consciência do povo”, transplantada para nova experiência. Haja vista o indulto de uma mulher condenada pelo assassinio do marido, concedido por fundamentos eventuais, que se afastam dos tradicionais ou clássicos.<sup>140</sup>

No Brasil, ao tempo do império, quando a graça era atribuição pessoal do monarca, no uso do Poder Moderador, sabemos como se processava a concessão, segundo recorda BATISTA DE MELO: “O Ministro da Justiça apresentava ao soberano o respectivo recurso, já visto e examinado na Secretaria, expunha o estado da questão, sobre a qual os membros do Gabinete poderiam fazer as reflexões que entendessem convenientes e o Imperador decidia a questão por um sim ou por um não.”<sup>141</sup>

<sup>138</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, M. GRODSINSKY e outros, *La Vida Penal en Rusia, Las Leyes Penales y Reformadoras de la Rusia Soviética*, Madrid, 1931, pág. 104.

<sup>139</sup> KENNY, *Esquisse du Droit Criminel Anglais*, trad. da 9.ª edição, por ADRIEN PAULIAN, Paris, 1921, pág. 626, nota 5.

<sup>140</sup> Deferiu a graça o governador da província de Buenos Aires, nobilitando-se, para o ato, como “*fiel intérprete de la nueva concepción justicialista implantada en el país por el exmo, señor presidente de la República y su dignísima esposa doña Eva Peron*”. Ver *Revista de Derecho Penal*, 1950, Buenos Aires, ano VI, n.º 2, 2.ª seção, pág. 101.

<sup>141</sup> *Perdão e comutação de penas criminais*, Arq. Judiciário, 1935, vol. 35, pág. 214 do suplemento.

A República, então, consagrou o instituto, para novos abusos, tanto mais sensíveis quanto poder da União e poderes estaduais dispuseram da faculdade de indultar os crimes de sua jurisdição peculiar. Numa das violentas acusações políticas ao governo do marechal HERMES, censurava o senador RUI BARBOSA o indulto deferido pela presidência da República a um empregado — motorista do Ministério da Guerra, *onze dias* depois de condenado, por homicídio, a dez anos de prisão com trabalho.<sup>142</sup>

Quando se deliberava, na Comissão do Projeto Constitucional para o Brasil, em 1933, a quem atribuir a competência para indultar, se ao Governo da União exclusivamente, se concomitantemente aos governos estaduais, contou CARLOS MAXIMILIANO que uma moça, em certo baile, na capital do Paraná, recusara dançar com um oficial de polícia, o qual, contrariado, ainda mais, porque não o apoiara o pai da moça, a este matou, *incontinenti*. Dois meses depois estava livre da prisão, e tudo o mais, por indulto do presidente do Estado, seu amigo. Com o episódio edificante, ilustrava o jurisconsulto o seu parecer de ser transferida para o presidente da República, como efetivamente se fez no anteprojeto e vingou na Constituição de 1934, a atribuição privativa de conceder indulto.<sup>143</sup>

A providência apenas diminuiria em quantidade o abuso, uma vez subordinada a concessão do favor a uma só autoridade, quando estava, anteriormente, a mais de uma, tantas quantos os governadores, cada qual a serviço de razões

<sup>142</sup> Para referir o fato, Rui explica e justifica, com as seguintes expressões, o instituto do indulto: "... é o meio, que se faculta ao critério do mais alto magistrado nacional, para emendar os erros judiciários, reparar as iniquidades da rigidez da lei, acudir aos arrependidos, relevando, comutando, reduzindo as penas, quando se mostrar que recaem sobre inocentes, exageram a severidade com os culpados, ou torturam os que, regenerados, já não merecem o castigo, nem ameaçam com a reincidência a sociedade". *In Ruínas de um Governo*, Rio de Janeiro, 1931, pág. 108.

<sup>143</sup> Ver *Elaborando a Constituição Nacional*, pelo bacharel José AFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO, Belo Horizonte, 1933, pág. 516.



pessoais e imposições outras, inclusive as políticas, com a agravante de que cada Estado, afora acontecimentos fortuitos de gala, possuía no seu calendário cívico, para motivo confessável da concessão, mais de uma data festiva.

É que as determinantes do benefício serão as mesmas, indefensáveis via de regra, venha de onde vier o favor, como não variam de país para país, e não mudam, nem de regime para regime, nem de época para época. A *abolitio generalis* dos romanos, assinalando as festas religiosas, houve de ser supressa, afinal, tantas eram as festas, e consequentemente tão repetidas as isenções de processo, gerando verdadeira impunidade. E, ao tempo do direito popular de acusação, com o correlato direito de desistência, foram tamanhos os abusos dessa faculdade, que até penas foram impostas aos que acusassem sem fundamento ou desistissem sem causa.<sup>144</sup>

Entre aquele indulto federal, da incriminação de RUI, e o estadual, da citação de MAXIMILIANO, a diferença estava, apenas, na autoridade, federal ou estadual, que havia outorgado o favor. No mais, a mesma burla à justiça.

O certo é que os mais variados motivos continuam inspirando atos de benignidade. Decretos de graça coletiva tiveram por pretextos comemorativos o aniversário da proclamação da República, a festividade do Natal, o fato que “propiciou ao país a volta ao regime democrático”, o jubileu do Ano Santo...<sup>145</sup> Um consagra como tradição brasileira as medidas de clemência, erigindo-as em elemento de readaptação social dos condenados primários. Outro, anuncia como “o maior dos poderes constitucionais o de clemência”, o que

<sup>144</sup> Dig., Liv. 48, tit. 16, n.º 1: “*Accusatorum temeritas tribus modis detegitur, et tribus poenis subiicitur; aut enim calumniantur, aut proevaricantur, aut tergiversantur. § 1.º Calumniari est, falsa crimina intendere; proevaricari, vera crimina abscondere; tergiversari, in universum ab accusatione desistere*”. Tergiversar, desistir por completo da acusação, pág. 773, t. 3.º, da obra citada de GARCÍA DEL CORRAL.

<sup>145</sup> Foram, respectivamente, os decs. ns. 22.065, de 15 de novembro de 1946, 24.253, de 23 de dezembro de 1947, 25.732, de 29 de outubro de 1948, e 27.156, de 7 de setembro de 1949.

faz supor que por graça deste subsistem os demais. E, em consequência do indulto pelo Ano Santo, mais de mil "indultados" registrou a estatística de 1950, não obstante o cuidado com que o Conselho Penitenciário do Distrito Federal (Rio de Janeiro), por exemplo, apreciou, em cada caso, os requisitos.<sup>146</sup>

Os indultos brasileiros em regozijo pelo Natal tornaram-se habituais, nem todos, todavia, obedecendo a idênticos critérios. Variaram, por exemplo, no que tange à duração da obrigação penal, até três anos, às vezes, de outras até quatro anos. Passaram a exigir "exemplar" conduta carcerária, ao invés de "boa", como nos atos anteriores à revolução de 64.

Esta, por seu turno, bastante severa em sanções políticas para as infrações que definiu como de corrupção e de subversão, mostrou-se generosa para com os delinquentes comuns, insistindo na tradição de benignidade governamen-

---

<sup>146</sup> Jornais da então Capital da República reclamaram contra o "excessivo rigor" do Conselho Penitenciário, provocando do seu presidente, Prof. LEMOS BRITO, uma nota explicativa à imprensa, que assim concluía: "O índice de pareceres favoráveis mostra que o Conselho, sempre que lhe é possível, usa de benevolência, pondo-se de acordo, assim, com o pensamento que inspirou o decreto do Ano Santo, não podendo, entretanto, subtrair-se às suas determinações, nem menosprezar os altos interesses da justiça e da defesa social" (*Diário de Notícias*, Rio de Janeiro, 2 de setembro de 1950). Circulando, no correr de 1954, críticas à prodigalidade governamental na concessão de indultos e comutações, o gabinete do ministro da Justiça, em nota à imprensa, informou que de janeiro de 1951 a junho de 1954, consoante dados estatísticos fornecidos pelo Departamento do Interior e Justiça do mesmo Ministério, haviam sido encaminhados ao presidente da República "39.572 pedidos de graça, tendo sido apenas concedidos 881 indultos e 2.710 comutações, não tendo chegado, assim, a 10% o número de pedidos despachados favoravelmente" (*Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 11 de julho de 1954). Em 1955, o mesmo Conselho Penitenciário, conforme nota que forneceu à imprensa local, oficiou em 519 processos de indulto, manifestando-se a favor de 31, contrariamente a 259 e pelo arquivamento de 2, ficando, outrossim, prejudicados 227 (*Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 4 de maio de 1956).

tal. Haja vista que no espaço, apenas, de um ano — o de 1937 — contaram-se três indultos coletivos: o primeiro, a 31 de março (Decreto n.º 60.522), comemorativo do terceiro aniversário do movimento em causa; o segundo, a 15 de agosto (Decreto n.º 61.155-A), solenizando o “250.º aniversário do encontro da imagem que sob a invocação de Nossa Senhora Aparecida, foi proclamada Padroeira do Brasil”; e o último, a 22 de dezembro, o clássico indulto do Natal (Decreto n.º 61.964).

Combinando, os três, no particular dos requisitos do “exemplar” comportamento carcerário e do cumprimento de um terço, pelo menos, da pena privativa da liberdade, divergiram, no entanto, quanto à extensão do benefício à pena de multa, isolada ou cumulativamente cominada, extensão que somente o primeiro admitiu. E de referência ao *quantum* da pena indultável, fixava-o o ato de março em quatro anos, no máximo; o de agosto e o de dezembro, em três anos e um dia.

A abundância de concessões de graça não se afigura condenável, em princípio, a FLAMÍNIO FÁVERO. Enxergando no gesto magnânimo o duplo merecimento de incentivo à mudança de procedimento por parte dos criminosos e de recurso apto a corrigir, em determinadas circunstâncias, os “rigores excessivos da lei em sua frieza de ação” — as duas justificativas, na realidade, mais comumente invocadas — acena, ainda, o acatado mestre paulista com a possibilidade de servir o indulto de “meio adequado de suavizar a plethora de muitos cárceres, abrindo vagas para outros delinquentes necessitados de terapêutica e esperando nas filas”.<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> Ver FLAMÍNIO FÁVERO, *Ovelhas tresmalhadas*, Folha de São Paulo, 9 de dezembro de 1962. Os indultos brasileiros da década de 60 abriram com o de celebração da mudança da Capital do País para Brasília. É o Decreto n.º 48.136, de 20 de abril de 1960. Seguiram-se-lhe os Decretos n.º 51.614, de 4-12-62; n.º 52.377, de 19-8-63 (Dia do Encarcerado); n.º 53.338, de 23-12-63; n.º 55.102, de 1.º-12-64; n.º 57.559, de 29-11-65; n.º 57.567, de 3-1-66 (estendendo à Justiça Militar o indulto anterior); os três de 1967, de que se tratou no texto; e o de n.º 63.729, de 4-12-68.

Alguns milhares de detentos, por todo o País, são postos, efetivamente, em liberdade, a cada indulto decretado, mas as cadeias não se esvaziam, porque o número de pretendentes supera, infelizmente, o de lugares nas nossas penitenciárias. . . Talvez que a frequência, ultimamente, dos indultos brasileiros também atenda, sem o dizer, a esse desiderato.

De ordinário, valem-se da graça coletiva os governos, como um pretexto para a afirmação de sua autoridade, ainda que eles próprios, e especialmente os governos de fato, fomentem, quando não assumam, a iniciativa de majorações periódicas no sistema penal. A esse respeito, é sugestivo o comentário de RICARDO NÚÑEZ à recente lei argentina (n.º 17.567, vigorante desde 1.º de abril de 1968), que, introduzindo numerosas alterações no código, entendeu de atualizar, “sob um signo inflacionário”, o vulto das penas em geral, inclusive, obviamente, a pena de multa: enquanto por esse lado as penas são aumentadas, por outro lado o Executivo prossegue utilizando reiteradamente a prerrogativa da graça, “acreditando encontrar no indulto o meio de fazer justiça, diminuindo as penas, a seu ver excessivas, impostas pelos tribunais”.<sup>148</sup>

40. Verifica-se, do esboço histórico sobre o direito de graça, que várias modalidades, não definidas, caracterizaram o seu exercício, na antiguidade. Somente muito depois, por um processo lento de dissociação, como observa GARRAUD, é que essas figuras viriam a se individualizar, quer do ponto de vista dos seus efeitos, quer do ponto de vista da autoridade competente para a respectiva concessão. Destacaram-se, assim, a seu ver, a *anistia*, a *graça*, propriamente, e a *reabilitação*: a anistia, privativa do Poder Legislativo, medida política de natureza excepcional, aplicável a crimes políticos ou de imprensa; a graça, ato do Poder Executivo, outrora atributo de soberania, com os caracteres de excepcional e

---

<sup>148</sup> RICARDO C. NÚÑEZ, *La reforma del Código Penal, La Ley*, Buenos Aires, 14-3-68.



arbitrário, hoje instituição *normal*, burocratizada, tornada uma das formas da própria justiça social; a reabilitação, enfim, providência complementar, como que para comprovar, oficialmente, a emenda do condenado.<sup>149</sup>

As clássicas distinções entre a anistia e a graça ou indulto, — quais sejam, anistia, atribuição do Poder Legislativo, indulto, atribuição do Poder Executivo; anistia, para processados ou condenados, indulto, para condenados; anistia, para os crimes políticos e conexos, indulto, para os crimes comuns; anistia, favor coletivo, indulto, favor individual, ainda que alcançando um grupo de condenados; anistia, medida eminentemente retroativa, envolvendo o crime em olvido completo, indulto, medida de efeitos somente para o futuro, deixando subsistir o crime; —, essas e outras distinções que tais, não oferecem, hoje, nem prática, nem teoricamente, a menor segurança ao estudioso, para a delimitação do conceito e finalidade dos dois institutos, de origem comum e tantas características semelhantes. E não oferecem segurança, porque têm existido indultos com efeito de anistia, anistias decretadas pelo Executivo, indulto a simples processados, anistia para crime comum, indulto para crime político, anistia individualizando delinquentes, indulto a uma generalidade de condenados, não individualizados, e outras singularidades mais, que dificultam a diferenciação.

O Cód. Penal brasileiro considerou causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça e o indulto.

41. A anistia extingue a ação ou a condenação. Pode vir, assim, antes ou depois da pena imposta. Retroage, para alcançar o crime, cujas consequências penais faz desaparecer. É medida de concórdia e conciliação, muitas vezes a única medida indicada para desanuviar o ambiente social e político, restabelecendo a paz nos espíritos, conturbados por profundas desinteligências de natureza política. “Núncia de paz e conselheira de concórdia, parece antes *do céu prudente*

<sup>149</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 622.

aviso que expediente de homens", dela escreveu JOÃO BARBALHO.<sup>150</sup>

Usada com sabedoria, sem condições que humilhem ou restrições que desigualem os beneficiados, é providência de aplaudir, pelos seus incontestáveis efeitos para o apaziguamento geral. Como já se tem dito, exprime, mais do que perdão, esquecimento. Esquecimento total. Nada, do crime, subsiste, para punição. Suprime-se do rol dos culpados o nome dos criminosos. Um "perpétuo silêncio" desce sobre os fatos e os seus autores. O Estado renuncia, formalmente, ao exercício do poder repressivo.

42. A anistia pode ser concedida em termos *gerais* ou *restritos*. Quando a anistia restrita exclui determinados fatos, ou determinados indivíduos, ou grupos, ou classes de indivíduos, diz-se *parcial*; quando estabelece cláusulas para a fruição do benefício, diz-se *condicional*. A anistia geral ou absoluta não conhece exceção de crimes ou de pessoas, nem se subordina a limitações de qualquer espécie. Seria sempre possível, se os motivos da medida fossem somente os de benevolência; é quase sempre impraticável, porque, no caso, as razões de Estado são tanto ou mais imperiosas que as do coração, e por elas também, quando não predominantemente, é que se há de pautar a concessão do favor.

Embora numerosos autores condenem a anistia só a restrição ou condição, como o oposto, justamente, da índole e dos objetivos da instituição, não há esconder a realidade de anistias, em todos os tempos, sujeitas a limitações ou requisitos.

*Anistia inversa* foi o anátema de RUI BARBOSA à espécie, quando da famosa anistia brasileira de 1895.<sup>151</sup>

Anistia essa, sem qualquer limite ou cláusula, para os civis; para os militares, todavia, subordinada a condições,

<sup>150</sup> JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira, Comentários*. Rio de Janeiro, 1902, pág. 131, n.º 27.

<sup>151</sup> O decreto que concedia a anistia (dec. federal n.º 310, de 21 de outubro) abrangia todas as pessoas envolvidas, direta ou indireta-



evidentemente de preenchimento posterior, sem nenhuma correlação com o ato da anistia, em si. Pleitearam os interessados perante o Poder Judiciário o cancelamento dessas obrigações, que desfiguravam o benefício e lhe desvirtuavam as intenções. RUI, constituído patrono dos litigantes, sustentou que a anistia pode ser restrita ou condicionada, contanto que tais restrições ou condições não se transformem, pela extensão ou natureza, em verdadeiras penas, como naquela hipótese. “Porque” — argumentava —, “ninguém contesta ao legislador o direito de recusar a certas categorias de indivíduos a mercê da anistia, ou impor a outros, *antes de a receberem e para que a recebam*, a satisfação de certos requisitos. O que se não concebe, nem se viu jamais, que, depois de investidos na anistia, e pelo próprio ato que nela os investe, os anistiados continuem a pagar o crime, cujo esquecimento ela ordena”.<sup>152</sup>

A condição, na anistia, deve ser, portanto, de verificação atual, para o efeito, mesmo, do ato que concede o favor, e não de realização ulterior. É como se exprime, com acerto, AURELINO LEAL: “Quanto às condições, o poder público, logicamente, não deve exigir senão aquelas que não exponham os beneficiários a uma situação pior do que aquela em que ficariam se fossem deixados sob a ação comum da justiça. *A condição deve ser de natureza a fundir-se, por assim dizer, com a anistia, no preciso momento em que as aceitar o beneficiário, e não sobreviver à anistia*”.

---

<sup>152</sup> RUI BARBOSA, *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1896, pág. 80.

---

mente, nos movimentos revolucionários ocorridos no país até agosto daquele ano, mas determinava que os oficiais de terra e mar não poderiam voltar ao serviço ativo antes de dois anos, contados da data em que se apresentassem à autoridade competente, e ainda depois desse prazo se o Poder Executivo assim considerasse conveniente; e que enquanto não revertissem à atividade, tais oficiais apenas perceberiam o soldo de suas patentes, só contando tempo para reforma.

E ainda adiante, apreciando, por forma irresponsável, a decisão da nossa Corte Suprema, que reconheceu legitimidade e procedência àquelas restrições e condições da anistia de 1895: "O fim da anistia é o esquecimento do fato ou dos fatos criminosos que o poder público teve dificuldade de punir ou achou prudente não punir. Juridicamente, os fatos deixam de existir; o Parlamento passa uma esponja sobre eles. Só a história os recolhe. Ora, toda a restrição que subsistir à anistia está ilidindo o fundamento basilar da instituição, que é o olvido. O indivíduo beneficiado *continuará* sofrendo as consequências de um fato que juridicamente *não existiu*. Além disto, é lógico que o benefício não deve expor o beneficiário a uma situação que poderá ser pior do que se a anistia não lhe tivesse sido concedida. Tomando-se como exemplo os oficiais que o dec. n.º 310, aqui citado, afastou do serviço ativo por dois anos, facultando, além disto, ao Executivo, dilatar esse período, não era possível que, remetidos ao foro comum, fossem alguns absolvidos e outros condenados a penas curtas e inferiores a dois anos? Certamente, era. Logo, a anistia veio, possivelmente, colocá-los numa situação pior do que a que lhes acarretaria o julgamento pelos seus juizes naturais, diante de quem poderiam defender-se. No dec. n.º 310, não há meio de disfarçar o caráter de pena dos §§ 1.º e 2.º, que não envolvem condição nenhuma. A condição, em matéria de anistia, deve ser uma dependência atual da sua aceitação. O poder público concede-a, se os insurretos se submeterem às autoridades constituídas, como no caso da lei n.º 2.280, de 25 de novembro de 1910, por exemplo. Uma vez que se submetam, a condição se realiza, a anistia se verifica, e com ela o esquecimento dos fatos. Uma condição suscetível de produzir efeitos posteriores não é mais condição, porque a anistia não existe sem o olvido do fato que a ditou; e a condição existindo depois dela o está revivendo".<sup>153</sup>

<sup>153</sup> AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, parte 1.ª, Rio de Janeiro, 1925, págs. 754 e 758.

A passagem transcrita espousa a melhor doutrina sobre a natureza da condição, nas anistias restritas. A atualidade da condição, o efeito que deve produzir para que o favor seja deferido, e não efeito a se realizar depois da concessão, são características essenciais à anistia condicionada, para sua legitimidade.<sup>154</sup> São requisitos impostos aos indivíduos, *antes de receberem a anistia e para que a recebam*, como frisou RUI, arrazoando como advogado a memorável causa, mas no advogado presente, também, o jurista.

Nos exemplos históricos, freqüentemente apontados, de anistia condicionada, a condição é sempre para o efeito da mercê. É típica a anistia concedida aos correligionários de TARQUÍNIO pelos cônsules romanos BRUTO e VALÉRIO. Na anistia brasileira de 1910, referida no trecho *supra* de AURELINO, em confronto com a de 1895, o Congresso condicionava a graça da anistia à deposição das armas pelos marinheiros sediciosos no prazo que o Governo lhes marcasse. Na gravidade extrema do momento, foi a fórmula de prudente sabe-

---

<sup>154</sup> A anistia de 1945 (dec.-lei n.º 7.474, de 18 de abril), para crimes políticos, cometidos de 1934 até aquela data, estipulava que a “reversão” dos militares beneficiados, aos seus postos, ficaria dependendo de uma ou mais “comissões militares”, de nomeação do presidente da República (art. 2.º). Por outro lado, ao exame de “comissões especiais”, pela mesma fonte formadas, ficava condicionado, na hipótese de vaga, o “aproveitamento” dos funcionários civis. Para eliminar tal processo seletivo de “anistiados”, o deputado RUI DE ALMEIDA apresentou, na Câmara Federal, em 1950, projeto de lei, que buscava, segundo a ementa, *complementar e efetivar* a referida anistia, com o determinar que a “reversão” dos militares fosse feita rigorosamente nos postos hierárquicos a que teriam direito dentro dos seus respectivos quadros, como se não houvessem sido excluídos (art. 2.º), e que igual critério presidisse à reintegração e reclassificação dos servidores públicos civis, como se não houvessem sido exonerados (art. 3.º). A permanência na atividade, de uns e de outros, é que seria *ad libitum* do Executivo. A proposição foi rejeitada no Senado, pelos fundamentos do parecer do seu relator na Comissão de Constituição e Justiça, senador Ivo D’AQUINO, que afirmando, embora, a constitucionalidade da medida, concluiu pela sua inopportunidade e inconveniência. Ver: RUI DE ALMEIDA, *Anistia*, Rio, 1951; *Senado Federal*, Parecer n.º 1.293, de 1951 (avulso).

doria encontrada. Cumprida a condição, a anistia era a consequência, como foi.<sup>155</sup>

43. Na hipótese de anistia clausulada, cabe ao Poder Judiciário entrar na apreciação das condições prefixadas, para anulá-las, parcial ou totalmente? A lei de anistia é uma lei como as outras, suscetível, pois, de execução pelo poder competente, passível de exame pelo Judiciário, assim o requeiram os interessados, não satisfeitos ou, mesmo, prejudicados com a medida.

Na faculdade, que tem o Judiciário, de aplicar a lei, está implícita a de interpretar as suas normas. PONTES DE MIRANDA não vê inconveniente em que a aplicação da lei ficasse a cargo do Poder Judiciário, porquanto não há confundir o ato de anistiar com a função de aplicar os preceitos anistiantes.<sup>156</sup>

A interpretação incidirá ora sobre os crimes ou criminosos contemplados, ora sobre as condições ou requisitos estipulados, ora sobre pontos outros, de interesse fundamental para os agraciados.

Na dúvida, pelo que respeita às duas primeiras indagações, a regra interpretativa será a de ampliar o número dos indivíduos beneficiados, mantendo estrito critério quanto aos delitos objeto da anistia. "Interpretação extensiva, quanto aos indivíduos, restritiva quanto às próprias infrações", orienta PRINS.<sup>157</sup>

A regra de interpretação extensiva é ainda decorrente do velho princípio *in dubio pro reo*, que deve também ser guardado quando a dúvida ocorra sobre pontos outros, apa-

<sup>155</sup> Na Constituinte brasileira de 1934 o capitão RUI SANTIAGO apresentou uma emenda sobre anistia, estabelecendo que a medida somente poderia ser concedida *dez anos depois de cometido o crime*. É uma condição de tempo, em contrário aos próprios objetivos da graça. Não se faz mister dizer que a extravagante proposta sofreu formal rejeição. In *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*, vol. 19, Rio de Janeiro, 1937, pág. 202.

<sup>156</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, t. 1.º, Rio de Janeiro, 1936, pág. 211.

<sup>157</sup> A. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 533, n.º 957.

rentemente secundários, mas envolvendo agravo ao direito individual.

Quanto, porém, à condição ou condições estabelecidas, reclamada a intervenção do Poder Judiciário, para cancelar tais requisitos, que aos interessados parecem exorbitantes dos limites naturais a uma condição, não poderá a competência dos tribunais ir além de uma simples interpretação, que não afete, em essência, o ato da anistia, condicional como é.

No apelo que à justiça brasileira fizeram os anistiados de 1895, para que se transformasse em irrestrita a anistia que lhes havia sido outorgada, veio à discussão esse ponto da competência do Judiciário para eliminar condições que o Legislativo considerava necessárias e oportunas. Os que se manifestaram em sentido contrário, e foram a maioria, argumentavam, no caso particular, com a circunstância de haver a Câmara rejeitado a anistia ampla que o Senado votara, adotando, então, um projeto de anistia condicional, que se convertera, afinal, em lei. Assim, afigurava-se-lhes faltar ao Poder Judiciário competência para desfazer condições sem as quais o Congresso não teria dado a anistia.

Mas se o Executivo, encarregado de executar a lei da anistia, não o fizer nos devidos termos, é claro que aos beneficiados assiste e ao Judiciário corre o direito de impor a observância rigorosa das prescrições por que a anistia foi concedida. Não significa isto retirar à anistia o seu caráter de restrita ou condicional, porque a tanto não irá a faculdade do Poder Judiciário, sob pena de se sobrepor ao Legislativo, que é o competente para anistiar, e, conseqüentemente, o árbitro da conveniência política de decretar condições ou restrições. É o pensamento de GARRAUD, partidário, aliás, da anistia ampla.<sup>158</sup>

44. A anistia é reservada, especialmente, para os crimes políticos. Nada impede, porém, a sua decretação para crimes comuns. O recurso de graça tradicional para os delitos apo-

---

<sup>158</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 633.



líticos é o indulto. Para os políticos ou coletivos, em geral, a anistia. Por exceção, é que compreende delitos comuns.<sup>159</sup> Os romanos recusavam a graça da anistia para os crimes de lesa-majestade, de homicídio e de rapto.<sup>160</sup>

VIDAL reconheceu que a medida é estendida dos crimes políticos aos de imprensa, e a determinados delitos fiscais ou contra o dever militar. Registrando, ademais, que a tendência legislativa depois da guerra é no sentido de multiplicar os crimes suscetíveis de anistia, abrangendo, mesmo, infrações de direito comum, proclamou as perniciosas e imprevisíveis consequências dessa orientação. Uma lei francesa de 1919, que menciona, anistiou delinquentes que tiveram ação de relevo na guerra, pouco importando a natureza dos crimes por que eram responsáveis. Assim também a lei de 1925 prodigalizou a anistia, sem distinção de crimes.<sup>161</sup>

A anistia outorgada pela revolução republicana espanhola (decreto-lei de 14 de abril de 1931) compreendia os crimes políticos, os sociais e os de imprensa.<sup>162</sup>

Por outro lado, a Constituição helênica de 1927 declarava, formalmente, não poder o benefício ser concedido para crimes comuns. A da Romênia, de 1923, determinando a anistia para

<sup>159</sup> JOSÉ PECO, *La Reforma Penal Argentina de 1917-20*, Buenos Aires, 1921, pág. 479, nota I.

<sup>160</sup> MOMMSEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 431, nota I.

<sup>161</sup> VIDAL-MAGNOL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8.<sup>a</sup> ed., Paris, 1935, pág. 689, nota 2. Na 9.<sup>a</sup> edição (t. I, *Droit Pénal Général — Science Pénitentiaire*, Paris, 1949, pág. 828) confirma-se que a tendência legislativa, no sentido da ampliação do rol dos delitos anistiáveis, continua depois da guerra de 1939. Resulta daí que a anistia perde, cada vez mais, seu tradicional caráter objetivo e real, para se tornar uma medida de ordem subjetiva e pessoal, aplicada, até, a infrações de direito comum, por fundamentos que dizem respeito, de preferência, ao delinquente, não ao delito. No mesmo sentido: FAUSTIN-HÉLIE-JEAN BROUCHOT, *Pratique Criminelle des Cours et Tribunaux*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1948, t. 1.<sup>o</sup>, pág. 115. PIERRE BOUZAT, *Traité théorique et pratique de Droit Pénal*, Paris, 1951, pág. 540.

<sup>162</sup> In JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado*, Madri, 1934, pág. 854.



matéria política, chegava, por essa fórmula, ao mesmo resultado da exclusão dos demais delitos. A Constituição da Iugoslávia, de 1921, limitava a anistia aos crimes políticos e militares; a lei de 1929, que a revogou e substituiu, consentiu, explicitamente, a medida para todos os delitos.<sup>163</sup>

As Constituições dos dois últimos países referiram-se à anistia, mas sem qualquer especificação; e a da Grécia, manteve a antiga restrição aos crimes políticos, embora não repetisse, como anteriormente, o impedimento expresso em relação aos crimes comuns.<sup>164</sup>

A Constituição brasileira de 1934, concedendo, em suas Disposições Transitórias (art. 19), anistia a quantos houvessem cometido *crimes políticos* até aquela data, restringia, como se vê, o favor. Várias tentativas, desde o primeiro dia da Constituinte, foram feitas no sentido de antecipar essa medida de clemência. Todas as propostas, porém, consideravam, para efeito da anistia, a criminalidade política. Foi o propósito vencedor naquele preceito das Disposições Transitórias.

A índole do instituto, efetivamente, repele a extensão aos delitos comuns. Tratando-se de medida política, “deve aplicar-se, principalmente, aos delitos políticos e aos delitos a estes conexos”.<sup>165</sup>

Os Códigos silenciam a respeito. O projeto boliviano (1943) declara que a anistia só se aplica a *delitos políticos* (art. 114, *in fine*). O projeto brasileiro SÁ PEREIRA excluía os crimes comuns, salvo se o ato da anistia a eles formalmente se referisse (art. 148). Justificando o preceito, expunha o ilustre jurista ser preciso, para que a anistia atue como

<sup>163</sup> Constituição da Grécia, art. 84, *in fine*; da Romênia, art. 88, inciso 4.º; Iugoslávia, art. 50, e lei de 6 de janeiro de 1929, art. 3.º. Ver, respectivamente, págs. 310, 470, 584 e 603, de MIRKINE GUETZÉVITCH, *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, 2.ª ed., Madri, 1931.

<sup>164</sup> Constituição da Romênia, art. 39, n.º 8; Iugoslávia, art. 44, n.º 17; Grécia, art. 39. Ver, respectivamente, págs. 648, 834 e 445 de MIRKINE GUETZÉVITCH, *Les Constitutions Européennes*, Paris, 1951, 2.º vol.

<sup>165</sup> A. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 533, nota 1, *in fine*.

causa extintiva nos crimes comuns, que expressamente os nomeie, visto que, “medida política por excelência, ela visa normalmente aos crimes políticos”.<sup>166</sup>

Omitindo a Carta Constitucional brasileira e o Código qualquer preceito sobre a natureza dos crimes anistiáveis, não há recusar essa qualidade também aos crimes comuns.

A anistia de 1930, dos primeiros atos da revolução política vitoriosa, compreendeu crimes políticos e militares. A de 1931 excluiu, declaradamente, os delitos comuns e os meramente funcionais. Já em 1945 a anistia a militares integrantes da Força Expedicionária Brasileira alcançava delitos comuns.<sup>167</sup>

Nesse ano de 1945, dominado o país pela idéia da reconstitucionalização, e anunciadas eleições gerais, o Governo concedeu, por decreto de abril, *anistia* a quantos tivessem cometido *crimes políticos* desde 16 de julho de 1934, data da Constituição anulada pelo golpe de Estado de 1937.<sup>168</sup> Em setembro, porém, nova *anistia* era deferida, para acusados por crimes de injúria aos poderes públicos, ou aos agentes que os exercem, e também para os “responsáveis por *crimes de qualquer natureza, considerados políticos ou não*, ocorridos durante ou logo após a realização de comícios, passeatas ou outras manifestações políticas”, fórmula cômoda imaginada pelo legislador ditatorial para os efeitos imediatos preten-

<sup>166</sup> SÁ PEREIRA, *Projeto de Código Penal Brasileiro*, ed. e loc., citados, pág. 129.

<sup>167</sup> Ver, de 1930 a 1945, os seguintes atos de *anistia*: decs. número 19.395, de 8 de novembro de 1930; 20.558, de 23 de outubro de 1931; 24.297, de 28 de maio de 1934; dec.-lei n.º 7.769, de 23 de julho de 1945, e seu antecedente legislativo, dec.-lei n.º 6.651, de 30 de junho de 1944.

<sup>168</sup> É o dec.-lei n.º 7.474, de 18 de abril de 1945, com que se beneficiaram os comunistas, inclusive o seu dirigente, Luís Carlos Prestes, graças a isso eleito senador pelo Distrito Federal à Constituinte Nacional de 1946. As pazes com o chefe extremista demoraram, entretanto, pouco; o registro eleitoral do Partido Comunista era cancelado em 1947 e, em consequência, cassado o mandato dos seus representantes em todas as Assembléias Legislativas — federal, estaduais e municipais (lei n.º 211, de 7 de janeiro de 1948).

didos.<sup>169 - 170</sup> Não esteve, contudo, pela extensão a maioria do Tribunal de Justiça de Pernambuco, e sustentou, por acórdão de fevereiro de 1946, que a lição dos povos cultos e, no Brasil, todos os antecedentes legislativos, são no sentido de a anistia beneficiar, somente, criminosos políticos, ou, em certos casos, os crimes comuns, quando conexos, não se conhecendo exceção alguma à regra.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> É o dec. n.º 7.943, de 10 de setembro de 1945, que limitava a anistia, por isso mesmo, aos fatos ocorridos até a data em que se permitira a arregimentação partidária, com a promulgação da nova lei eleitoral, isto é, 28 de maio daquele ano. Aliás, o "conceito" dos crimes anistiáveis repontara, por assim dizer, no decreto de abril, onde se mandava considerar *conexos*, para os efeitos da anistia então concedida, "os crimes comuns praticados com fins políticos" (ver dec.-lei n.º 7.474). Em julgamento no Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação daquele dec. n.º 7.943 a condenado por crime de injúrias impressas contra agente do Lóide Brasileiro, externou o relator, ministro CASTRO NUNES, que a anistia em apreço compreendia duas ordens de infrações, a dos crimes de injúria aos poderes públicos ou aos seus agentes, e a de qualquer crime, mesmo o comum, como o de ofensas físicas, contanto que perpetrado "durante ou após os comícios de propaganda eleitoral". O essencial para que sejam anistiados os crimes, — acrescentou —, "não é a natureza deles; todo crime que abrange ou é cometido por uma coletividade pode ser anistiado". Contrariamente, opinou o ministro EDGAR COSTA que "a anistia, no conceito da doutrina e na prática legislativa, refere-se ou se dirige a delitos políticos, e nisto está uma das suas características diferenciais do indulto, que se aplica aos delitos comuns" (ver ac. de 9-1-46, do Supremo Tribunal Federal, in *Rev. de Direito Administrativo*, 1948, vol. 12, pág. 111).

<sup>170</sup> Para os mesmos efeitos do dec. n.º 7.943, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em julho de 1954, projeto de anistia, alcançando também os crimes conexos (Proj. n.º 4.677, *Diário do Congresso Nacional*, de 17-7-54, Seção I, pág. 4.872).

<sup>171</sup> Desenvolvendo a tese, que ninguém, aliás, contestaria, se apresentada por forma menos peremptória, o eminente relator do acórdão, desembargador CUNHA BARRETO, impugnou o que escrevemos (1.ª ed.) sobre poder a anistia atingir crimes comuns, desde que a Carta de 37 e o novo Cód. Penal omitiam qualquer preceito quanto à natureza dos crimes anistiáveis. Comentando, então, o Código, sem o dever funcional de decidir entre interesses opostos, cumpria-nos testemunhar, simplesmente, os fatos, acentuando, até para condenar,

Redemocratizado o País, <sup>172</sup> em pleno funcionamento o Parlamento, não foram poucas, neste, as tentativas de anistia para infrações comuns, o que comprova o desacerto de critérios, administrativos ou legislativos, sobre os fins específicos de cada modalidade do *direito de graça*.

Uma dessas iniciativas, da Câmara, encontrou, todavia, desapoio do Senado. <sup>173</sup> Outra, de fevereiro de 1952, malo-

---

<sup>172</sup> Pelo art. 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Assembléia Constituinte de 1946 concedeu *anistia* a insubmissos ou desertores, sem exceção, bem como aos trabalhadores que houvessem sofrido, até então, penas disciplinares, em consequência de greves ou dissídios de trabalho.

<sup>173</sup> O projeto de decreto legislativo assim desaprovado (n.º 905, de 1947) consubstanciava quatro proposições oferecidas à Câmara pela mesma época, *anistiando* criminosos primários, menores de 21 anos, condenados ou sujeitos à condenação por crimes ou contravenções praticadas até então. O relator na Comissão de Constituição e Justiça, senador OLAVO OLIVEIRA, mestre de direito penal na Faculdade do Ceará, argüiu, com o apoio dos seus pares, a inconstitucionalidade da proposição, visto que a *anistia* é destinada, desde suas origens, a *crimes políticos*, não podendo o legislador ordinário fugir a esse sentido clássico, nitidamente definido no direito constitucional (parecer n.º 310, de 12-5-48, sendo vencido, no tocante à inconstitucionalidade, o senador ARÍLIO VIVÁQUA. Ver *Diário do Congresso Nacional* de 18-5-48, pág. 3.379).

---

o desvirtuamento que a “prática” da anistia vem imprimindo ao conceito doutrinário do instituto, que é medida, exatamente, de apaziguamento dos espíritos, para os instantes de conturbação política. Confirmou-nos a apreensão o apontado dec.-lei n.º 7.943, destinado a subtrair, sumariamente, à punição, os responsáveis por acontecimentos verificados, seis meses antes, na capital de Pernambuco, e cujo caráter de criminalidade *comum*, apesar da sua relação estreita com manifestações de natureza política, o tribunal superior daquele Estado, sendo relator o mesmo desembargador CUNHA BARRETO, havia proclamado, repelindo sugestão do Ministério Público local em favor da competência do Tribunal de Segurança Nacional, a cujo julgamento estavam afetos, na época, os delitos políticos. (Ver: *Crime político e comum ou conexo, Conceito legal da anistia, separata do Arq. Forense*, vol. XVII, Recife, 1946; parecer do procurador-geral do Estado de Pernambuco, Dr. DIRCEU BORGES, in *Revista Forense*, vol. 113, 1947, pág. 46).

grou-se na própria Câmara.<sup>174</sup> Resistia, assim, o Congresso, não só à pletora de anistias, como à vulgarização do precioso instituto. Não admira, pois, que hesitasse, oferecendo, em breve espaço, deliberações contrárias, embora de uma para outra legislatura, como o projeto de anistia aos responsáveis por injúrias aos poderes públicos, ou aos seus agentes, transformado no dec. legislativo n.º 63, de 4 de dezembro de 1951, e idêntico a projeto que o Senado anteriormente rejeitara, por inconstitucional.<sup>175</sup>

O episódio revela, afinal, a procedência do voto de BROUCHOT sobre o caráter provisório de uma legislação como a contemporânea, ditada pelas circunstâncias excepcionais do momento, e a caminho, portanto, de próxima anulação.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> Tratava-se de “indicação” à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, para examinar a conveniência de elaborar projeto, anistando “condenados à pena privativa de liberdade, sobretudo os primários, de comprovada boa conduta no cárcere”, e que completassem, pelo menos, um terço de cumprimento da pena, no decurso de 1952. A Comissão repeliu a sugestão, aceitando, por maioria de votos, as razões do relator, deputado MARREY JÚNIOR, de que somente os crimes políticos, e por vezes os crimes coletivos, ou, a juízo do poder concedente, os crimes conexos com os políticos, são suscetíveis de anistia, sendo o benefício individual nos delitos comuns obtido através da comutação da pena ou do indulto (*in Diário do Congresso Nacional*, de 10-5-52, pág. 3.678, e de 20-5-52, pág. 4.050).

<sup>175</sup> Apesar da referência genérica aos beneficiados (*todos os responsáveis*, reza o dec. legislativo n.º 63), houve endereço certo, e talvez exclusivo: retirar da prisão um jornalista, a quem o secretário de Segurança Pública de Pernambuco processara, e a Justiça condenara nas penas da lei de segurança (dec.-lei n.º 431, de 1938), por injúria àquele titular do Executivo. Este, tornado, depois, legislador federal, assumiu, espontaneamente, a iniciativa do projeto, que as duas Câmaras aprovaram, perdando o agravo. Foi um perdão individual, com o rótulo de *anistia*. A mesma providência, concretizada no projeto de lei da Câmara n.º 203, de 1949, fora, entretanto, impugnada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, pelo relator, Sr. OLAVO OLIVEIRA, em parecer que contou com o beneplácito do plenário (ver *Diário do Congresso Nacional*, de 24-1-51, pág. 902).

<sup>176</sup> FAUSTIN HÉLIE-JEAN BROUCHOT, ob., vol. e ed. cit., *avant propos*, 1948.



As mesmas alternativas sofre a legislação, no tocante à anistia para *crimes eleitorais*. Admitida, no Brasil, a sua legitimidade, não é pacífico o tema de sua conveniência ou oportunidade, sobretudo quando a medida se destina a isentar de pena a abstenção eleitoral.

Marcando o início do processo de redemocratização do País, o dec.-lei n.º 7.586, de 28 de maio de 1945, definiu várias infrações eleitorais, posteriormente *anistiadas* pelo dec.-lei n.º 9.258, de 14 de maio de 1946, que regulou o alistamento eleitoral e dispôs sobre os partidos políticos. A lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950, que instituiu o Cód. Eleitoral, silenciou sobre o perdão para faltas eleitorais anteriores. Não tardou, porém, a anistia irrestrita em favor de quantos houvessem infringido as leis que o novo Código revogava: foi o objetivo da lei n.º 1.346, de 9 de fevereiro de 1951, envolvendo em “perpétuo silêncio” os processos e pondo em liberdade, imediatamente, os responsáveis...

Outras iniciativas legislativas, entretanto, não lograram êxito.<sup>177</sup> Não obstante, no primeiro semestre de 1952 quatro proposições de anistia eleitoral transitavam pelo Congresso Federal, sendo uma, escusando quaisquer delitos e transgressões decorrentes, em geral, da “propaganda partidária”, ao tempo da eleição de 1950, e as outras, beneficiando os eleitores que não compareceram às urnas, nos derradeiros pleitos.<sup>178</sup> Destas, uma reveste aspecto original, pois anistia

<sup>177</sup> O Senado rejeitou, em junho de 1951, o projeto n.º 109, de 1950, oriundo da Câmara, que anistiava os eleitores que deixaram de votar nas eleições federais, estaduais, municipais e distritais realizadas desde 2 de dezembro de 1945, assim como, dias antes, em sessão de maio, desaprovava o projeto, também da Câmara, sob n.º 63, de 1951, que concedia anistia aos que deixaram de votar na eleição de 3 de outubro de 1950. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça, em cada caso, acentuava a constitucionalidade da medida, considerando-a, todavia, injustificada (JOÃO CAFÉ FILHO, *Relatório dos Trabalhos do Senado, em 1951*, Rio, 1952, págs. 67 e 68).

<sup>178</sup> Eram os projetos: n.º 41, de setembro de 1951; n.º 1.663, de fevereiro de 1952; n.º 1.772, de março de 1952; e n.º 2.001, de maio de 1952; o primeiro do Senado, e os demais, da Câmara (ver, respectivamente, *Diário do Congresso Nacional*, de 11-9-51 e de 15-2-52;



a “abstenção” relativa às eleições em que, na circunscrição ou zona, tenha havido registro de um só candidato ou de uma só legenda, para postos eletivos pelo critério majoritário ou proporcional, respectivamente.<sup>179</sup>

Por outro lado, o dec. legislativo n.º 18, de 1951, buscou *anistiar* trabalhadores dispensados por participação em greve, provocando, todavia, apreciações divergentes da própria Justiça do Trabalho, que ora admitiu aplicação irrestrita, com a reintegração no emprego, assegurados, inclusive, os salários atrasados desde a data do afastamento, ora repudiou totalmente a medida, sob a alegação da sua incompatibilidade com as faltas trabalhistas. O último critério foi adotado em decisão da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, pelo fundamento de que a anistia, sendo instituto de âmbito exclusivamente penal, só produz efeitos penais, não podendo, destarte, interceder na esfera de interesses privados.<sup>180</sup>

<sup>179</sup> E também quando a abstenção tenha sido superior a 70% dos eleitores inscritos na circunscrição ou zona eleitoral respectiva, determina, ainda, o projeto (n.º 2.001, de 1952) na sua parte final (*Diário do Congresso Nacional*, de 28-5-52).

<sup>180</sup> Dec. legislativo n.º 18, de 13 de julho de 1951, e decisões do Tribunal Superior do Trabalho, de 29-10-51, pela *anistia trabalhista*, e de 27-12-51 e 5-8-52, contrariamente (*Revista Forense*, volume 149, pág. 450; vol. 142, pág. 458, e vol. 150, pág. 482). Ac. de 27-7-53, do Supremo Tribunal Federal, 1.ª Turma, in *Diário da Justiça*, de 28-12-53, *Jurisprudência*, pág. 4.001. Ver DIONÍSIO SILVEIRA, *A anistia não pode condenar o empregador*, in *O Jornal*, Rio, 29 de

*Rev. Eleitoral*, Rio, 1952, vol. IV, n.º 1; e *Diário do Congresso Nacional*, de 28-5-52). O projeto de n.º 2.001 foi ao Senado, sendo aí rejeitado. Os dois outros não passaram da Câmara, sendo o de n.º 1.772, arquivado, na forma regimental, e o de n.º 1.668, rejeitado. Quanto ao de n.º 41, desaprovou-o o próprio Senado, com dois pareceres contrários da sua Comissão de Constituição e Justiça, ressaltando, ambos, a inconveniência da medida, quer pela amplitude da sua fórmula, compreensiva de “crimes desconhecidos, de natureza e consequências ignoradas”, quer pelo princípio de “representar a anistia uma medida constitucional de exceção, destinada ao apaziguamento dos espíritos”, o que, na espécie, não se impunha (ver JOÃO CAFÉ FILHO, *Relatório dos Trabalhos do Senado*, em 1952, Rio, 1954, vol. I, pág. 180).

Outra *anistia* (dec. legislativo n.º 9, de 24 de maio de 1954) beneficiou, singularmente, empregadores em débito das suas contribuições e das dos seus empregados, para com institutos ou caixas de previdência social, deferindo-se-lhes prazo para a quitação, suspenso, por consequência, o processo em curso.

Das anistias concedidas a seguir somente a de 23 de maio de 1956 (dec. legislativo n.º 22) guardou fidelidade ao conceito histórico do instituto, restrita, que foi, aos movimentos revolucionários ocorridos entre 10 de novembro de 1955 e 1.º de março do ano de 1956, alcançando embora todos quantos, civis e militares, estiveram neles direta ou indiretamente envolvidos, “inclusive recusando-se a cumprir ordem de seus superiores”. Dentro dessa limitação de objetivo e de tempo, proclamava-se, contudo, anistia “ampla e irrestrita”, compreendendo, por igual, os processos disciplinares, desde que relacionados com os mesmos fatos.

Já o dec.-legislativo n.º 27, de 20 de junho de 1956, concedendo anistia a trabalhadores, por motivo de participação em greve ou de reivindicação trabalhista; a jornalistas, processados ou condenados por crimes de imprensa; e a insubmissos, assim considerados pelas Forças Armadas, voltava, como se vê, à amplitude de costume, se bem que contendo duas exclusões expressas, a dos reincidentes específicos e a dos acusados ou condenados por homicídio doloso, mesmo praticado naquela emergência. Sua aplicação suscitou duas interessantes questões, a do alcance do vocábulo “jornalista”, compreensivo, ou não, dos que não fossem profissionais de imprensa (*v. g.*, o colaborador do jornal) e a de poder o texto legal, sem embargo de mencionar “jornalistas processados

---

julho de 1953. Já em 1953 nova iniciativa legislativa (projeto n.º 37, do Senado) visava a anistiar trabalhadores responsáveis por “falta grave ou delito de greve”. Ampliava-se, desta vez, o texto do decreto legislativo n.º 18, que falava em “condenados ou processados por motivo de greve” sem referência direta a “falta grave”, agora indicada com o objetivo, provavelmente, de evitar as anteriores interpretações restritivas dos tribunais. (*Diário do Congresso Nacional*, de 22-8-53.)

ou condenados”, estender-se aos que, na ocasião, fossem meros *acusados*, porquanto ainda não submetidos a processo criminal.<sup>181</sup>

Os jornalistas, afora a anistia de 1956 (dec.-legislativo n.º 16), foram contemplados em 1963 com a do dec.-legislativo n.º 15, de julho. Ambas tinham endereço exclusivo a eles. Da de 1956, há referência em nota posterior. A de 1963 dirigia-se a “jornalistas e demais incursos em delitos de imprensa” no período entre a emenda constitucional que instituiu o sistema parlamentar de governo e a emenda que o revogou.<sup>182</sup>

Na história das anistias brasileiras nenhum ato, de certo, revestiu maior extensão nem provocou mais numerosos julgados do que o dec.-legislativo n.º 18, de 15 de dezembro de 1961, votado pelo Congresso em gravíssima conjuntura política. Abrangendo fatos ocorridos no largo período de quase trinta anos, a partir de 16 de julho de 1934, data da segunda constituição republicana, até o Ato Adicional de setembro de 1961, que, na intenção de vencer as dificuldades do momento, mudara o sistema presidencialista pelo parla-

---

<sup>181</sup> Ver, respectivamente, *Justitia*, n.º 19, 1957, pág. 174 (Parecer do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, MÁRIO AMARAL VIEIRA) e *Justitia*, n.º 20, 1958, pág. 210 (Decisão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo). Aqui, dizia, com acerto, o Ministro ADRIANO MARREY que se até sobre “condenados” recaía o olvido, com maioria de razões recairia sobre os ainda não condenados.

<sup>182</sup> Outra anistia foi a constante do dec.-legislativo n.º 7, de 20 de julho de 1961, também concernente a trabalhadores ou servidores de empresas estatais ou privadas, “acusados ou condenados” por motivo decorrente de participação em movimento grevista ou em dissídio regulado pela legislação do trabalho. O termo “acusados”, aí empregado, exprime, evidentemente, mais do que o de “processados”. Repare-se, a esse respeito, em que o dec.-legislativo de 1963 fala de “jornalistas e demais incursos”, afastando, com isso, a dúvida ocorrida em torno do ato de junho de 1956. Cabe também ressaltar que alguns projetos de lei em curso no Congresso Nacional, quando do seu recesso forçado em 1968, referiam-se, inequivocamente, a acusados, processados ou condenados.

mentarista, beneficiou com a extinção da punibilidade pela anistia o mais variado elenco de infrações e de infratores.

Crimes políticos definidos em lei, e, especificamente, os crimes previstos na lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950 (crimes de responsabilidade) e na lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953 (crimes contra o Estado e a ordem política e social); participação de trabalhadores em qualquer movimento de natureza grevista; faltas disciplinares ou faltas ao serviço, de parte dos servidores civis, militares e autárquicos; convocados desertores, insubmissos e refratários; estudantes punidos disciplinarmente ou ameaçados de perda do ano, por força de movimentos grevistas ou de ausência do índice de frequência; jornalistas e demais incursos em delitos de imprensa; finalmente, os responsáveis por transgressões eleitorais, de tudo cogitou e a tudo, por bem dizer, atendeu essa anistia de 61.

Fora bem mais modesta, no entanto, a proposta inicial, apresentada ao Senado por elemento da bancada governamental, ali mesmo alterada, de logo, por forma a ampliar-se o seu efeito em termos razoáveis, mas, afinal, recebendo na Câmara o seu contexto definitivo e fora do comum.

Furtou-se ao inteiro cumprimento o Governo da União, aceitando parecer com que o Consultor-Geral da República impugnava todos os itens do ato, menos o primeiro, relativo a delitos políticos, sustentando, exatamente, que, pelos ensinamentos da doutrina, a anistia é circunscrita à criminalidade política, não estando, por isso, a administração obrigada a executar as demais prescrições do diploma em apreço, tanto mais que caracterizavam matéria *vetável*, inserida, todavia, numa proposição não suscetível de veto. (Vigorava a Constituição de 46, que conferia ao legislativo competência *exclusiva* para a concessão de anistia).<sup>183</sup>

Desse entendimento limitativo recorreram para os tribunais os prejudicados. Mas nem a todos a justiça favoreceu.

<sup>183</sup> O parecer do Consultor-Geral da República, Dr. ANTÔNIO BALBINO, é datado de 15 de março de 1962, e está integralmente transcrito no vol. 82 dos *Arquivos do Ministério da Justiça*, pág. 35. Do

Se de referência à anistia para os crimes políticos (letra *a* do art. 1.º), nenhuma dúvida de vulto se levantou, o mesmo não se dirá quanto às demais prescrições, como, para exemplificarmos, a questão da anistia para faltas disciplinares, admitida na letra *c* do mesmo art. 1.º. Vingou, no particular, o ponto de vista de que somente as infrações dessa natureza ligadas, por nexos causal, aos crimes políticos poderiam ter a punibilidade extinta. E, também, que daquela anistia — no que, aliás, não foram uniformes os pronunciamentos — nenhum benefício adviria para funcionários estaduais punidos disciplinarmente, isto porque ao poder central, por mais dilatado, não será lícito interferir por tal maneira no âmbito de interesses próprios dos Estados-membros, anulando-lhes a força coercitiva sobre os seus servidores.<sup>184</sup>

Os anos de 1967 e 1968, amortecido o vigor punitivo da revolução de 1964, foram férteis em proposições legislativas de anistia, visando, todas, direta ou indiretamente, ao desfazimento de sanções políticas então prodigamente impostas.

Uma dessas iniciativas, a primeira de 1967 (n.º 43, de 16 de março), anistiava os atingidos pelo art. 173 da nova Constituição e “os acusados, processados ou condenados por crimes políticos desde 1.º de abril de 1964”, afora declaradamente, os “funcionários públicos, militares e estudantes que, em decorrência de participação em movimentos políticos, em virtude de prisão por delito ou suspeita de delito político ou por se encontrarem asilados ou evadidos” (*sic*) houvessem

---

<sup>184</sup> Seria impraticável o registro de todas as decisões judiciais concernentes à matéria. De algumas, versando o ponto controvertido da aplicação a penas disciplinares, temos notícia: do Supremo Tribunal Federal, no *Diário de Justiça* de 24-5-63; de 19-10-65; de 10-8-66; de 21-9-66; de 8-3-68. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 45, pág. 151; vol. 46, pág. 76. Do Tribunal Federal de Recursos, no *Diário da Justiça* de 26-5-64 e de 7-2-68; do Tribunal de Justiça da Bahia, *Revista Jurídica*, de Salvador, vol. 4, pág. 264.

---

vol. 85, pág. 49, da mesma publicação, consta parecer do Assistente Jurídico daquele Ministério, Dr. PAULO FERNANDES VIEIRA, concluindo pela constitucionalidade do dec.-legislativo n.º 18 e, conseqüentemente, pela sua aplicação à hipótese submetida a exame.



deixado de comparecer às respectivas repartições, corporações e unidades escolares. A disposição constitucional invocada era a que aprovou, excluindo-os, outrossim, de apreciação judicial, os atos praticados pelo referido movimento, tais como cassação de mandatos parlamentares, deposição de governadores de Estado, suspensão de direitos políticos, aposentadorias, demissões, etc.

Dos demais projetos, uns mais outros menos decididos no propósito de lançar o esquecimento sobre os fatos ocorridos de 1964 até àquela data, merecem menção, por sua singularidade, o de n.º 82, de 67, contendo, entre outros preceitos, o de anistia aos civis e militares julgados e *absolvidos* por tribunais competentes, e o de n.º 1.427, de 68, “concedendo anistia ao cidadão Celso Furtado”, que tivera seus direitos políticos cassados, mercê, esta, tipicamente individual, intitulando-se de anistia, que é medida coletiva.

Ao rol dessas proposições, de tão diverso conteúdo, todas oferecidas na Câmara dos Deputados, há que acrescentar o projeto apresentado, sob n.º 24, no Senado, estabelecendo “normas para a reaquisição dos direitos políticos e regulando a concessão de anistia”. Como o denota o enunciado, buscava-se, de uma parte, alcançar, por meio mais complexo, o que os demais projetos consumariam de pronto, ou seja, a anulação dos atos revolucionários e, por outra parte, subordinar a anistia a regras legais permanentes, que regessem qualquer futura concessão, o que seria infenso à índole do instituto.

Decretado pelo Poder Executivo, em 13 de dezembro de 1968, o *recesso* do Congresso Nacional, por força de Ato que baixou e que capitulou de Ato Institucional, ficaram sem andamento as proposições.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> Os projetos referidos foram, em 1967, os de ns. 43, 46 e 82. Em 1968, os de ns. 1.346, 1.427, 1.470, 1.479, 1.480 e 1.560. O de n.º 1.346, anistiando, em todo o território nacional, os estudantes e trabalhadores envolvidos nos episódios que se sucederam à morte do jovem Edson Luiz de Lima Souto, ocorrida durante conflito de rua entre estudantes e policiais no Rio de Janeiro, obteve parecer favorável da Comissão de Constituição da Câmara, com o substitutivo



45. A anistia compreende os delitos conexos.<sup>186</sup> Mas a doutrina e a jurisprudência têm entendido que alguns crimes, apesar de conexos aos crimes políticos anistiados, podem escapar ao benefício, em virtude da sua natureza e gravidade.<sup>187</sup>

A questão provocou, entre nós, duas interessantes decisões judiciais, logo nos primeiros tempos da República. Uma, reconhecendo no assassinio cometido por José Inácio Trindade Filho, na cidade sul-rio-grandense de Passo Fundo, na pessoa do coronel Francisco Chicuta, conexão com o movimento político de rebeldia então iniciado naquela localidade, e cujos responsáveis haviam sido anistiados, pelo ato de 1895. Resultou daí ficar nula a pronúncia por crime comum de homicídio decretada pela justiça do Rio Grande do Sul contra o referido Trindade Filho.

A outra, mandando incluir entre os beneficiados pela anistia de 1891 um ex-cadete, condenado pelo Tribunal militar a 30 anos de prisão celular, por haver, na cidade de Belém, capital do Pará, juntamente com outros companheiros de farda e alguns civis, tentado matar o seu superior.

<sup>186</sup> Concedida a delitos políticos, só se estende a crime comum conexo quando expressamente determinado na lei respectiva: ac. do Supremo Tribunal Federal, indicado na *Revista Forense*, 1948, volume 115, pág. 210.

<sup>187</sup> Pela Constituição de Cuba (1940), a concessão de anistia para *delitos políticos*, quando em relação com estes se houver cometido homicídio ou assassinio, estava subordinada à mesma exigência de *quorum* especial, em duas legislaturas sucessivas, adotada para a votação da anistia de *delitos comuns* (art. 134, letra k. Ver *Constitución de la República de Cuba*, Havana, 1940, pág. 38).

estendendo a medida, indiscriminadamente, a quantos houvessem participado de tais ocorrências, não somente trabalhadores e estudantes. Quanto ao projeto n.º 24, do Senado, ver os nossos pareceres, sob n.º 907, de 1967, contrário à proposição inicial por sua inconstitucionalidade e ausência de técnica jurídica, e n.º 522, de 1968, sobre a emenda substitutiva de plenário, concessiva de ampla anistia, concluindo pela inconveniência e inoportunidade da sua aprovação.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, à vista dos autos, que esse crime entrava no plano do movimento armado irrompido depois naquele Estado, para deposição do seu governador.

Duas vezes, foi voto vencido o ministro AMÉRICO LOBO, sustentando, em ambas, o mesmo ponto de vista, ou seja, no primeiro caso, que “o assassinio, o roubo, o incêndio e os ataques ao pudor jamais se confundem ou se misturam com os crimes políticos; o mesmo regicídio não pertence a essa categoria de atos inspirados bem ou mal pelo sopro do patriotismo”; e, no segundo caso, que “a lei de anistia, relativa a movimentos revolucionários, por mais genérica que seja, não compreende assassinatos ou tentativas de assassinatos premeditados, fria e covardemente realizados a desoras, numa rua de lampiones apagados de indústria, com emboscada, disfarce, traição, surpresa e superioridade de armas”.

Não vingou, todavia, essa orientação e o Supremo estendeu o benefício da anistia aos dois fatos, por conexão com os crimes políticos, objeto, já, de anistia.<sup>188</sup> Mas em 1916, o decreto legislativo de 27 de setembro, anistiando delitos políticos, excetuava, expressamente, do benefício os crimes contra a propriedade, os de incêndio e os que se manifestassem por atos de barbaria, crueldade ou vandalismo, ainda que conexos com crimes políticos ou praticados por ocasião dos movimentos revolucionários anistiados, e ainda que políticos o móvel e objeto. Prevalecia, assim, em determinado caso, muitos anos depois, a restrição defendida pelo ministro AMÉRICO LOBO.<sup>189</sup>

A sequência de anistias brasileiras denuncia, contudo, o predomínio da norma irrestrita recomendada pelas duas decisões judiciais. A ressalva da lei de 1916 não criara precedente. Assim, as anistias de 1930, de 1934 e de 1945,

<sup>188</sup> *O Direito*, Rio de Janeiro, 1896, vol. 71, págs. 268 e 283.

<sup>189</sup> Ver AURELINO LEAL, ob. e ed. cit., pág. 760.

dispunham inequivocamente, sobre a extensão aos *delitos conexos*.<sup>190</sup>

Pelo exposto, não é prudente fixar, em abstrato, o critério a seguir, quanto à existência de conexão de crimes comuns cometidos ao explodir ou durante um movimento armado, de finalidade política. Melhor do que o critério das circunstâncias objetivas do crime, que parece dominante naquele voto vencido e no citado decreto de 1916, é o de se examinar, em cada caso concreto, a relação de dependência entre uns e outros fatos, atendendo-se, em particular, ao fito político que os liga, subjetivamente, isto é, a intenção política dos agentes.

46. Embora a anistia seja medida por excelência *objetiva*, no sentido de aplicada a fatos, e não a indivíduos, os quais podem ser, até, desconhecidos, ou não identificados, ainda, como autores do crime anistiado, é evidente que muitas vezes a condição pessoal dos agentes e circunstâncias outras peculiares influem na decretação do favor.

Uma dessas credenciais ou qualidades é a de criminoso primário, que aparece consignada em muitos atos de anistia, importando, pois, ficarem fora do benefício os delinquentes que o não sejam. Mas é claro que, se a ressalva não constar, em termos genéricos, isto é, para toda e qualquer anistia, nos textos legais vigentes no país, a condição de criminoso primário deixa de ser um imperativo, para prevalecer, ou não, em cada oportunidade, à luz das circunstâncias de momento.

---

<sup>190</sup> Ver decs. ns. 19.395, de 1930, 24.297, de 1934, e decretos-leis ns. 7.474 e 7.943, de 1945. A anistia do dec. n.º 7.769, também de 1945, compreendia os crimes comuns, sendo, pois, supérflua a alusão aos crimes conexos, o mesmo ocorrendo, embora pelo motivo oposto da exclusão, com a anistia do dec. n.º 20.558, de 1931. O dec. legislativo n.º 18, de 1951, antes citado, concedeu anistia aos condenados ou processados “por motivo de greve”, simplesmente. A proposição inicial (Câmara) contemplava os *delitos conexos*. Esta parte foi atingida por emenda supressiva do Senado, que a Câmara, na volta do projeto, admitiu (ver João Café Filho, Rio, *Relatório* citado, págs. 52 e 65).

O Cód. Penal uruguaio de 1934 excetua da graça da anistia os criminosos reincidentes e habituais, em geral, mas admite que o ato de anistia disponha em contrário (art. 108). É a mesma proibição relativa inserta no Código italiano (art. 151) e extensiva, por igual, aos delinquentes profissionais ou por tendência. O projeto boliviano veda, em termos peremptórios, a concessão de anistia a criminosos reincidentes, habituais e profissionais, bem como às pessoas jurídicas e aos que tenham sido objeto de medida de segurança (art. 115). O anteprojeto português exclui dos benefícios da anistia os delinquentes reincidentes ou condenados a pena indeterminada, mas admite que a lei respectiva possa dispor em contrário.

Omissos, no Brasil, o preceito constitucional e o do Cód. Penal, o criminoso reincidente pode ser anistiado.

Restrições de outra natureza ocorrem em determinados atos de anistia. Restrições ou prerrogativas... A lei francesa de 3 de janeiro de 1925, por exemplo, excetuava do benefício os nacionais dos países que tinham estado em guerra com a França, salvo aqueles indivíduos que houvessem combatido nas hostes francesas, num período, pelo menos, de seis meses (art. 26). As leis de anistia relacionadas com a última conflagração consideraram, naturalmente, o merecimento de serviços de guerra ou de préstimos à causa da resistência civil.<sup>191</sup>

Também as anistias italianas resultantes da extinção do domínio fascista se orientaram pelo mesmo sentido. A de 1945, *v. g.*, privilegiava determinada categoria de delitos — os delitos políticos *antifascistas*.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> Ver a lei de 16 de agosto de 1947, sobretudo os seus arts. 10 a 12, em que até a guerra de 1914-1918 é contada, para efeito da anistia. São os chamados "títulos ao reconhecimento nacional", próximos ou remotos, legitimando o benefício. In Col. Dalloz, *Code d'Inst. Criminelle et Code Pénal*, ed. 1927, pág. 801; *Code Pénal*, ed. 1951, pág. 762.

<sup>192</sup> Ver decreto-lei de 17 de novembro de 1945, n.º 719. *Amnistia per reati politici anti-fascisti*, in L. FRANCHI e V. FEROCI, *Codice Penale e Codice di Procedura Penale*, Milão, 1951, pág. 488.

Idênticos critérios ditaram, na anistia brasileira do decreto-lei n.º 7.474, a recusa para crimes praticados, em tempo de guerra, contra a segurança do Estado, e definidos no dec.-lei n.º 4.766, de 1942, do número das nossas leis de segurança nacional, bem como na anistia do dec.-lei n.º 7.769, também de 1945, para crimes que os integrantes da Força Expedicionária Brasileira houvessem cometido, salvo quando nos transportes de guerra ou em território estrangeiro.<sup>193</sup>

47. A anistia pode vir a qualquer tempo, repita-se. Antes da ação, impede que esta se instale. Antes da condenação, cancela o processo, extinguindo todos os efeitos penais. Depois da condenação, evita ou encerra o cumprimento da pena imposta.<sup>194 - 195</sup>

Entre a condenação e o recurso à instância superior, esta não tem mais sobre que decidir e deve mandar arquivar o processo. Qualquer apreciação sua sobre a causa, ainda

---

<sup>193</sup> O dec.-lei n.º 4.766, de 1 de outubro de 1942, foi o que capitulou os crimes militares e contra a segurança do Estado, *em tempo de guerra*. A exceção aberta pelo dec.-lei n.º 7.474 foi entendida com rigor, na observância, aliás, do princípio de que os favores da anistia são restritos aos fatos especificados na respectiva lei (*ver Revista Forense*, 1948, vol. 116, pág. 543, ac. do Supremo Tribunal Federal; *Arq. Judiciário*, 1949, vol. 89, pág. 431, ac. do Superior Tribunal Militar).

<sup>194</sup> Os atos de anistia, geralmente, indicam a situação dos favorecidos, em relação ao processo ou à pena. A anistia brasileira de 1934 falava em *participantes* do movimento de 1932, em São Paulo (dec. n.º 24.297), o que englobava desde os processados até os não-processados. Na de 1945 (dec.-lei n.º 7.943), o legislador ditatorial teve o cuidado de qualificar os beneficiados, como *acusados*, uns, *responsáveis*, outros, termos, como se vê, da maior latitude. A anistia a grevistas, em 1951 (dec. legislativo n.º 18), usou de termos próprios: *condenados* ou *processados*.

<sup>195</sup> A anistia constante do dec. legislativo n.º 16, de 19 de abril de 1956, foi sobremodo restrita, quanto à condição pessoal dos favorecidos: alcançou somente jornalistas que houvessem sido condenados como incurso no revogado dec.-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938 (lei de segurança do Estado), por crime praticado no exercício



que deferindo o recurso, com o reconhecimento da inocência do réu, é pronunciamento supérfluo, que, além disso, revive o fato, pelo poder público esquecido.

A anistia alcança crimes já ocorridos, não a ocorrer. A aplicação retroativa é uma das suas características. Pode remontar, no passado, a infrações de data antiga. No Brasil, a anistia imperial de 1844 referia-se a crimes políticos cometidos no ano de 42. A de maio de 1934 (dec. n.º 24.297), embora ampliada a qualquer crime político e aos que lhe fossem conexos, praticados até aquela data, dirigia-se, especialmente, aos participantes do movimento revolucionário constitucionalista de 32, em São Paulo, com ramificações nos Estados.

Data mais próxima do ato, como marco da sua incidência, fixou a anistia de outubro de 1895, que abrangia os surtos revolucionários registrados no país até 23 de agosto. A de setembro de 1945 (dec.-lei n.º 7.943) cobria os fatos verificados até a vigência da lei eleitoral, que começara em maio. Ainda assim, ambas assinavam uma data que não era a do ato de outorga.

O último critério, porém, é o mais comum. A anistia consignada na nossa Constituição de 1934 limitava na data da promulgação a prática dos crimes políticos acobertados pela clemência. A de abril de 1945 (dec.-lei n.º 7.474) compreendia os delitos praticados entre 16 de julho de 1934 e a data da concessão. Era, por assim dizer, o prolongamento, até 1945, da anistia de 34, e por isso tomava como ponto de partida para a mercê o dia 16 de julho daquele ano, dia da Constituição.

Compreendendo, a anistia, delitos cometidos até a data da concessão, deve entender-se até a véspera do dia da concessão. É como dispõe o Código italiano (art. 151, a extinção do crime por efeito da anistia é limitada aos crimes cometi-

---

de sua atividade profissional, e julgados, então, por tribunal diverso do estabelecido na lei de imprensa (*Diário Oficial* de 20 de abril de 1956).



dos até o dia anterior à data do decreto), ressalvada, porém, a possibilidade de o ato determinar outra data.

Assim, o crime começado na véspera, prolongando-se até o dia da decretação da anistia, não ficará compreendido nesta. Para prevenir dificuldades ou mal-entendidos, razoável é fixar-se como véspera o dia anterior, até as 24 horas.

A anistia do delito principal implica a do acessório. Mas se o benefício alcançar somente o crime acessório, subsiste a punição para o principal.

Assim, de referência às penas, anistiada a mais grave, está, conseqüentemente, desfeita a mais leve. A recíproca, entretanto, não vale.

Tratando-se de pena disciplinar autônoma, não a abrange a anistia, salvo preceito expresso. Por outro lado, decretada a anistia, que apaga o crime e extingue a pena, impossível será executar-se uma demissão que, resultante da condenação criminal desaparecida, não foi a seu tempo consumada.<sup>196</sup>

48. Quanto à questão de poder a anistia ser recusada pelo beneficiado, procede a distinção que AURELINO LEAL levanta, entre a renúncia da anistia, propriamente, para o fim de o indivíduo se fazer julgar pelo crime anistiado, e a não-aceitação das vantagens da anistia. Renunciar à anistia, para que se intente ou continue o processo até final julgamento, não é lícito, dado o objetivo de interesse público e conveniência política do instituto, objetivo e conveniência que seriam frustrados se ao particular fosse permitido insistir pelo processo, ainda que lhe reconheçamos respeitável o desejo de ser absolvido da culpa, pelos meios ordinários. Relativamente às vantagens, porém, acha AURELINO que podem

---

<sup>196</sup> Acs. do Supremo Tribunal Federal, de 29-1-51, quanto à extensão da anistia à pena disciplinar autônoma, e de 29-11-50, quanto à demissão de funcionário após anistia, relatores, respectivamente, os ministros LUÍS GALLOTTI e JOSÉ LINHARES (*Rev. de Direito Administrativo*, 1953, vol. 31, págs. 190 e 161).

ser resignadas. Realmente, vantagens, há, em aparência, apenas. Por que não admitir ao acusado o direito de rejeitá-las, se o sacrificam, em vez de o beneficiarem?

Se a anistia é condicional, então o princípio geral da sua irrecusabilidade há de sofrer exceção, livre, como deve ser, ao agraciado não aceitar a condição ou encargo, o que vale dizer, não aceitar a anistia. Nesse sentido, opinou o nosso Supremo Tribunal Federal, na anistia de 95, tantas vezes referida aqui. “Nem colhe a objeção de ser a anistia irrecusável. Embora verdadeiro o princípio como regra geral, nenhuma aplicação pode ter ao caso especial em que o próprio ato da anistia estabelece como requisito dela uma cláusula restritiva de direitos inauferíveis dos anistiados e cuja eficácia fica por isso dependente da anuência destes, sendo intuitivo que o direito de recusar tal cláusula implica o de repudiar a anistia com ela inseparavelmente vinculada”.<sup>197</sup>

A jurisprudência francesa vacilou, a princípio, sobre a renunciabilidade da anistia. Duas decisões, invocadas por GARRAUD, uma de 1826, outra de 1831, assinalaram orientação diversa: aquela, proclamava a anistia um favor, sendo, portanto, livres de não o aceitarem os que entendessem estar isentos de qualquer culpa penal; a outra, considerava de finalidade política a medida, não podendo, pois, ser rejeitada pelos particulares, aos quais beneficiava.<sup>198</sup>

O anistiado, não podendo recusar a anistia, não pode, conseqüentemente, intentar a revisão do processo pelo crime por que foi anistiado. A medida é de esquecimento da própria infração, como se esta não tivesse nunca existido, para conseqüências penais. Autorizar o pedido de revisão por parte de quem, responsável ou inocente, já foi, entretanto, anistiado, é, de certo, fazer reabrir o conhecimento público do fato, renovando, talvez, o ambiente de dissensões e ressentimentos em torno dele criado, e que a anistia desfizera.

<sup>197</sup> Ver AURELINO LEAL, ob. e ed. cit., págs. 757 e 761.

<sup>198</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 628, nota 9.

O Cód. de Proc. Penal brasileiro, seja no capítulo do instituto da graça, seja no do recurso de revisão criminal, silêncio sobre a hipótese, embora de presumir, pelo enunciado dos documentos e elementos que devem instruir o processado da revisão, a inadmissibilidade do apelo a esse recurso, quando já anistiado o acusado. A negativa, aliás, se impõe, pela própria natureza da anistia. Irrecusável, que é, no momento de ser decretada, como justificar que depois de aplicada, produzindo já os seus efeitos de extinção do crime, e da lembrança mesma do crime, viesse o agraciado reviver o que o poder público tem interesse em olvidar?<sup>199</sup>

Pode ser o caso, entretanto, de interposta a revisão antes de decretada a anistia. O princípio seria o mesmo da irrecusabilidade, salvo, por exceção, a faculdade de o acusado escolher entre o benefício e o prosseguimento do recurso. Uma lei francesa, de 1909, solucionou a hipótese, excluindo, expressamente, da anistia os que, àquela data, já houvessem requerido a revisão do seu processo. Mas a lei de 3 de janeiro de 1925, outorgando, em larga escala, a anistia, acolheu critério amplo, qual o de os efeitos da medida não obstarem, em caso algum, à interposição da revisão, com o objetivo de afirmar a inocência do condenado. O mesmo preceito adotaram a lei de 16 de agosto de 1947 (art. 35) e, por extensão,

---

<sup>199</sup> Em acórdão de 11-6-51, no recurso extraordinário criminal n.º 18.072, o Supremo Tribunal Federal, por sua 1.ª Turma, admitiu a revisão. Entendeu o relator, ministro Luís GALLOTTI, que, no caso dos autos, tratando-se de *anistia condicional*, não permitindo, por si só, a reversão ao Exército do oficial por ela beneficiado, e uma vez que a absolvição deste podia originar a reversão, lícito não era negar-se-lhe o recurso de revisão, para obter a imunidade penal, e, com isso, a volta à fileira (*in Arq. Judiciário*, 1951, vol. 99, pág. 348; ver DIONÍSIO SILVEIRA, *Anistia e reversão*, *in O Jornal*, de 12-6-51). Expondo os efeitos latos da anistia, em confronto com os da graça e do indulto, do que decorre a infração anistiada não impedir a suspensão da pena, nem acarretar a reincidência, BASILEU GARCIA (*Instituições de Direito Penal*, vol. 1.º, t. II, 1952, pág. 676) aplaude, no entanto, uma exceção — e precisamente em favor do anistiado —, a da praticabilidade da revisão criminal, com o objetivo de ficar provada a sua inocência.

a de 9 de fevereiro de 1949 (art. 3.º), ambas concessivas de anistia.<sup>200 - 201</sup>

49. Também não é suscetível de revogação a anistia. Se não a pode recusar o beneficiado, também não a poderá revogar o poder que a decretou, nem se compreenderia que o interesse social determinante, hoje, da medida, desaparecesse amanhã, sem modificação das circunstâncias ou do ambiente. Mas tais modificações, dado que ocorressem, ofereceriam novos motivos de atitude ao poder público, com o que nada teria que ver a anistia, já decretada e já realizada. Se ao anistiante restasse o arbítrio de revogar o benefício, ainda que com novos fundamentos, então a anistia seria uma mentira, e o interesse individual estaria à mercê da vontade ou do capricho dos governantes, que transigiriam, hoje, com os vencidos, num aceno insincero de concórdia, para castigá-los, amanhã, mais duramente, ainda.

Força, todavia, é distinguir entre os efeitos já realizados, e os ainda a realizar, da lei da anistia. Revogáveis, estes, consumados, aqueles. PONTES DE MIRANDA exemplifica: uma vez que os interessados só desfrutariam da anistia se se apresentassem, e ainda o não fizeram, é revogável a anistia.<sup>202</sup>

Há, entretanto, a considerar, no particular, a hipótese de prazo; porque, se a lei da anistia estabeleceu o período dentro

---

<sup>200</sup> Col. Dalloz, *Code d'Inst. Criminelle et Code Pénal*, ed. 1927, pág. 808; *Code Pénal*, ed. 1951, págs. 772 e 774. DONNEDIEU DE VABRES condena, com veemência, o preceito, apontando-o entre os que, na legislação contemporânea, marcam incontestável regresso, na evolução do instituto da anistia (ver *La Justice Pénale d'Aujourd'hui*, 3.ª ed., Paris, 1948, pág. 215).

<sup>201</sup> A mesma orientação observaram as leis de anistia de 5 de janeiro de 1951 e de 6 de agosto de 1953, sendo que esta, em seu art. 43, abriu, até, uma instância especial de revisão, pelo espaço de seis meses, para quantos, condenados, entre 10 de junho de 1940 e a data da libertação, por influência ou iniciativa do governo de Vichy, desejassem comprovar a falsidade dos fatos que serviram de base às respectivas sentenças (ver Col. Dalloz, *Code Pénal*, ed. 1956, págs. 740 e 752).

<sup>202</sup> PONTES DE MIRANDA, ob., vol. e ed. cit., pág. 214, n.º 12.

do qual se deviam apresentar os acusados, para o fim de gozarem a anistia, e não está esgotado esse período, é irrevogável, evidentemente, a anistia.<sup>203</sup>

Cabe, outrossim, distinguir da anistia simples a condicionada. Se o poder público concede o benefício, mediante cláusulas ou condições, essas condições podem ser desfeitas, tanto mais que a revogação, aqui, implica, necessariamente, melhoria da situação do anistiado.

50. A anistia produz efeitos de impunidade do delinquente e total olvido do delito. Tais efeitos serão mais ou menos extensos ou radicais, conforme a época em que o favor é concedido. Mas, a qualquer tempo, a consequência é a isenção da penalidade, mesmo existente, já, uma condenação. E porque a anistia importa o esquecimento do fato e do seu autor ou autores, o crime que algum destes venha a cometer, depois, não faz revivido o primeiro, para efeito de reincidência: o crime anistiado desaparece, por si mesmo, e em todas as suas consequências.<sup>204</sup> Consequências penais, bem entendido. Porque os efeitos civis da condenação persistem, impondo ao anistiado, e apesar da anistia, a obrigação de reparar o dano que o seu crime causou. Ainda que a lei, que concedeu o favor, tenha silenciado a respeito, como acentuava HAUS.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Quase dois meses depois de haver *anistiado* civis e militares envolvidos em movimentos revolucionários (dec. n.º 19.395, de 8 de novembro de 1930), o Governo provisório brasileiro baixou decreto (n.º 19.551, de 31 de dezembro), visando a normalizar a situação dos ex-alunos da Escola Militar, e nele fixou prazo até 15 de janeiro seguinte, para a apresentação dos beneficiados pelo ato anterior. Também depois da anistia outorgada pelo dec. n.º 24.297 (maio de 1934), é que foi estabelecido prazo para a apresentação dos militares favorecidos. São casos em que o ato da anistia não coincide com o ato que assina prazo aos agraciados.

<sup>204</sup> Ver acórdão das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, in *Revista Forense*, 1947, vol. 120, pág. 551.

<sup>205</sup> HAUS, *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, 3.ª ed., t. 2.º, Paris, 1885, pág. 254, n.º 995.



GARRAUD focaliza, com precisão, o ponto, mostrando que a anistia provoca, exatamente, a dissociação do direito à reparação e do direito à repressão, extinguindo-se este, enquanto aquele subsiste.<sup>206</sup>

Sabido que de qualquer infração resultam *consequências penais*, que se objetivam na imposição de uma pena, e *consequências civis*, que se afirmam pela reparação do dano, a anistia não leva os seus efeitos extintivos senão às consequências penais.

A pena é função privativa do poder público; assim como a impõe, pode dispensá-la. Uma das formas desta dispensa, como temos visto, é a anistia. Mas a reparação do dano, pedida e obtida, de regra, pela via civil, é direito da vítima do crime, direito, pois, de terceiros, de que somente poderia abrir mão o poder público, se oferecesse a devida compensação, isto é, avocando a si a obrigação do pagamento.

Este, aliás, é que seria o procedimento razoável do Estado, quando anistiasse crimes. Não deixa de ser incoerente atribuir à anistia o supremo poder de fazer esquecida a infração, pelo interesse da própria sociedade, e permitir se questione, no foro civil, sobre a indenização do prejuízo causado pelo delito, já relegado ao domínio das coisas mortas.

Sendo a anistia medida política de concórdia, no ideal de apaziguar os ânimos, basta produzir efeitos no campo propriamente penal. E com o perdoar-se a pena, considerando-se inexistente o crime, vai um passo completo para a desejada harmonia social, que a infração perturbou.

Não será a ação civil, para simples reparação do dano, que vá de novo revolver o ambiente, intranquilizando-o. Mas o certo é que, com a sobrevivência do direito dessa ação civil de indenização, resta, sem dúvida, uma lembrança do crime, cujo olvido se pretende, pela anistia. Como compreender desvanecida a infração no seu aspecto penal, e não desvanecido o fato, no seu efeito danoso ao patrimônio individual?

---

<sup>206</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 627, n.º 759.



O dano civil é resultante da infração. Apagar a infração, isto é, decretar a impunidade do delito, e não apagar o fato, isto é, decretar a obrigatoriedade da indenização pelo mesmo fato, inexistente do ponto de vista penal, não é esquecer o crime, porque, seja sob que aspecto for, este aí está lembrado, pela reparação do dano. Se em qualquer hipótese, mesmo nessa, da anistia, em que o interesse público sobrepuja ao particular, não devem ser prejudicados direitos de terceiros, então recaísse sobre o Estado, que deliberou a anistia, pelo seu interesse, o encargo de satisfazer o dano.<sup>207</sup>

HAUS aceitava a solução, quando circunstâncias excepcionais tornassem evidentes os inconvenientes da ação civil de reparação, versando matéria envolvida no esquecimento, pela anistia. Apoiando-se ao dispositivo constitucional belga, que garantia a propriedade privada, salvo a desapropriação por utilidade pública, mediante prévia indenização, recomendava que a lei da anistia, abolindo, formalmente, o ressarcimento do dano, investisse o Estado na obrigação de satisfazê-lo.<sup>208</sup>

A tradição do direito positivo brasileiro é no sentido de ressaltar a indenização civil do dano, em caso de anistia. O Cód. Criminal de 1830 já assim dispunha, em relação ao perdão ou minoração de penas (art. 66), silenciando quanto à anistia, o que determinou interpretações divergentes. Depois, um aviso governamental (n.º 237, de 4-9-1835) fez menção expressa à anistia.<sup>209</sup>

O Cód. Penal de 1890, no seu art. 76, consagrou a regra, tanto para a anistia como para o indulto (*a anistia e*

<sup>207</sup> Segundo PONTES DE MIRANDA, trata-se de uma “sub-rogação pessoal do Estado aos particulares, sucessão voluntária de dívida”. E acrescenta: “Não se trata de dívida nova, que o Estado assumia, mas continuação da dívida (que se constituiu ao tempo do dano), através de sujeitos diferentes (particulares, Estado).” (*Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, vol. e ed. cit., pág. 214).

<sup>208</sup> HAUS, ob., vol., ed. e loc. cit.

<sup>209</sup> Ver *Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil de 1835*, págs. 192 e 193.

a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indenização do dano), e apesar dos termos inequívocos, ainda apreciações discordantes se registraram. MACEDO SOARES era dos que pensavam inaplicável o preceito à anistia, visto a natureza especial dessa modalidade de graça, que "faz desaparecer tudo quanto conste sobre o crime e o criminoso".<sup>210</sup> Manifestam-se em sentido contrário BENTO DE FARIA, LIMA DRUMOND, COSTA E SILVA, VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, os dois últimos adotando a sugestão de HAUS.<sup>211</sup>

O projeto SÁ PEREIRA (art. 148) e o projeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 118) negaram à anistia o efeito de eximir o agente de reparar o dano oriundo do crime. O presente Código silencia a respeito. Cada lei de anistia poderá dispor, como for conveniente.

O Cód. de Proc. Penal, preceituando, em título especial sobre a ação civil de ressarcimento, não faz nenhuma referência ao efeito da anistia sobre a indenização; estabelece, todavia, que a decisão que julgar extinta a punibilidade não impedirá a propositura da ação (art. 67, n.º 2).

Dos Códigos em vigor, merecem ser citados o português (art. 125, § 1.º), o argentino (art. 61) e o mexicano (art. 92), que declaram não extinguir a anistia a reparação do dano. O Código italiano (art. 198) contém a mesma ressalva, quanto às causas extintivas da ação ou da condenação, em geral.

Dentre os Códigos mais recentes, o búlgaro (art. 58) e o etíope (art. 241) consignam que a anistia não produz efeito sobre a reparação civil. Também o projeto argentino SOLER (art. 99).

<sup>210</sup> MACEDO SOARES, *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil, Comentado*, 6.ª ed., 1910, pág. 185, nota 131.

<sup>211</sup> BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., pág. 166; MORAES COSTA e FRANCISCO MACEDO, *Noções de Direito Criminal (Curso Lima Drumond)*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1919, pág. 52; COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 368; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, ob. e ed. citadas, pág. 134.

Estejam incluídas, ou não, na soma de indenização civil devida, resta saber se o anistiado está isento de pagar as multas impostas e as custas do processo.

A multa, como pena, principal ou acessória, incide nos princípios gerais que regem a espécie. As custas processuais podem ser custas pagas ou a pagar. Na primeira hipótese, teria o anistiado direito à restituição do que pagou? Pensa GARRAUD que sim, acentuando, aliás, que não tem sido esta a orientação da jurisprudência fiscal francesa. Pendente, ainda, a execução da condenação, a anistia impede que ela se opere, ficando, assim, dispensadas as custas; executada, porém, a condenação, não restitui o Estado as custas pagas, nem mesmo as multas. Em ambos os casos, entretanto, justifica-se a atitude do fisco pelo silêncio da lei da anistia; mas esta pode dispor de modo contrário, numa hipótese, como noutra.

Variam as opiniões na doutrina. DORADO MONTERO decide-se pela mais completa restituição, compreendendo multas, custas e quantas outras despesas judiciais, e bem assim a restauração dos soldos, pensões ou emolumentos de que fora despojado o anistiado, no período da condenação.<sup>212</sup>

Evitando dúvidas de interpretação quanto a tamanha extensibilidade dos seus efeitos, costumam alguns atos anistiantes excluir o pagamento de vantagens atrasadas, bem como o direito do agraciado a qualquer indenização do poder público, por perdas e danos.<sup>213 - 214</sup>

<sup>212</sup> CUELLO CALÓN, ob. e ed. cit., pág. 187.

<sup>213</sup> Ver os decretos brasileiros ns. 19.395, 20.558, 24.297 e dec.-lei n.º 7.474, nos arts. 1.º, 5.º, 6.º e 4.º, respectivamente. Outros silenciam.

<sup>214</sup> Sobre o dec.-lei n.º 7.474, cujo art. 4.º excluía, expressamente, o pagamento de vencimentos atrasados aos anistiados, entendeu o consultor-geral da República, Dr. A. GONÇALVES DE OLIVEIRA, que tal restrição alcançava somente as vantagens anteriores ao ato, de modo que aos militares que, por força da anistia, revertessem, eram devidas todas as vantagens a contar da decretação do favor e não a partir da reversão, a qual, pela própria lei, ficara a critério de uma comissão militar, incumbida de examinar as pretensões, individualmente (*Parcer, in Revista Forense*, 1954, vol. 156, pág. 86). Em sentido

Também não dá a anistia o direito de o beneficiado reaver os bens, instrumentos, ou objetos que foram confiscados, em razão do crime ou da condenação. Os projetos SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO continham ressalva expressa. O atual Código nada prescreve.

51. O poder competente para anistiar é o Legislativo. E o motivo é claro: anistiar, seja a condenados, seja a simples indiciados, é reconhecer que um interesse político predominante sobre o interesse social de punir recomenda a não-aplicação da norma penal a certo fato, que importou a sua violação. Há, evidentemente, a suspensão, para determinado crime, em dadas circunstâncias, da vigência da lei penal. O poder que faz a lei é que a pode suspender, ou revogar. Só ele, que conheceu das necessidades e exigências coletivas quando elaborou a norma, é que está habilitado a apreciar as razões, duradouras ou temporárias, que ditam a revogação ou suspensão da mesma norma, para o caso concreto. Como faz ver PONTES DE MIRANDA, a justiça não poderia conceder anistia “sem quebra de sua definição, que é a missão de julgar”. Restaria a competência dos outros dois poderes. E afirma: “se cabe ao presidente ou se cabe às Assembléias, di-lo o grau de democracia do Estado. É um índice”.<sup>215</sup>

Na doutrina, como na lei, a tendência é quase unânime para a competência do Poder Legislativo.<sup>216</sup> As Constituições posteriores à primeira guerra assim estabeleceram, exceção

<sup>215</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, vol. e ed. cit., pág. 210, n.º 3.

<sup>216</sup> Nos Estados Unidos, sendo expressa a faculdade constitucional do presidente da República para perdoar as penas nas infrações de lei federal, entende-se que o poder de anistia está, outrossim, contido no de elaborar as “leis necessárias e convenientes” de que fala

oposto decidiu o Tribunal Federal de Recursos, por entender que, subordinada a reversão do militar anistiado ao parecer dessa comissão especial, somente depois do seu pronunciamento e conseqüente reversão seriam devidas as vantagens pecuniárias (*in Rev. de Direito Administrativo*, 1955, vol. 41, pág. 195).

feita das da Tcheco-Eslováquia, Grécia, Romênia e Iugoslávia.<sup>217</sup>

Nas Constituições modernas domina a preferência pela competência legislativa, sendo algumas explícitas, até, em proclamarem que a anistia somente *por lei* pode ser concedida.<sup>218</sup>

Dentre elas, uma, porém, inscreve, agora, solução original, tal a anistia *delegada* pelo Legislativo ao Executivo, de que nos fala a carta republicana da Itália. Trata-se, como acentua MANZINI, de uma delegação *específica*, conforme, aliás, ao preceito constitucional que rege a matéria das delegações, e segundo o qual o exercício da função legislativa não

---

<sup>217</sup> As Constituições da Tcheco-Eslováquia (art. 74, n.º 11) e da Grécia (art. 39) conservaram ao presidente da República e ao rei, respectivamente, o direito de anistiar. As da Iugoslávia (art. 44) e da Romênia (art. 39, n.º 8) transferiram a faculdade ao Poder Legislativo, sendo que na Iugoslávia a competência atribuída à República Popular Federativa, que congrega, com as suas Constituições próprias, várias *Repúblicas Populares*, fica restrita, logicamente, aos casos de “violação de lei federal”. Ver MIRKINE GUETZÉVITCH, *Les Constitutions Européennes*, Paris, 1951.

<sup>218</sup> Ver Constituições da Albânia (art. 54), Alemanha Oriental (arts. 63 e 88), Áustria (art. 93), Bulgária (art. 17, n.º 11), França (art. 19), Hungria (art. 10), Portugal (art. 91, n.º 10), Suíça (art. 85), Turquia (art. 26), U.R.S.S. (art. 60, letra d), Argentina (art. 68, n.º 17), Chile (art. 44, n.º 14), Cuba (art. 134, letra k), México (art. 73, n.º XXII) e Uruguai (art. 75, n.º 14). Consultar, quanto às Constituições européias, MIRKINE GUETZÉVITCH, ob. e ed. acima citadas. Quanto às americanas; *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 1949; *Constitución Política de la República de Chile*, Santiago, 1945; *Constitución de la República de Cuba*, Havana, 1944; *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1946. ALBERTO TRUEBA URBINA, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Anotada, México, 1946.

---

a Constituição, no capítulo da competência do Congresso Nacional (art. 2.º, seção II, § 1.º, e art. 1.º, seção VIII, § 18, respectivamente). Ver EDWARD S. CORWIN, *La Constitución Norteamericana y su Actual Significado*, trad. de RAFAEL DEMARIA, Buenos Aires, 1942, págs. 110 c 74).

pode ser transferido ao Executivo senão por tempo limitado e para fim determinado, dentro de regras e critérios preestabelecidos. Por sua vez, a anistia não está sujeita, na Itália, à formalidade do *referendum* popular.<sup>219</sup>

Favorável, em princípio, à competência do Poder Legislativo, opina, entretanto, GARRAUD que do ponto de vista do interesse social seria mais razoável entregar-se ao Poder Executivo o direito de anistia, em vista dos inconvenientes do debate público que precede, nas Câmaras, em ambiente sacudido pelas paixões, a concessão da medida, muitas vezes arma de que se utilizam, para o combate político, as correntes oposicionistas.

Assim também se manifestava HAUS, em face da completa omissão da Constituição belga sobre o direito de anistia. Recusando a esse silêncio o efeito de impossibilitar a anistia, quando o exigissem as necessidades políticas, firmava HAUS a competência do Poder Legislativo, por exclusão da competência dos outros dois poderes. Não seria, a seu ver, atribuição do monarca, porque os poderes deste são os declarados explicitamente na Constituição ou nas leis, nem muito menos atribuição do Poder Judiciário, a quem, ademais, é vedado o debate político. A anistia seria, assim, da competência do Poder Legislativo, não como “atribuição normal”, mas exceção aos princípios constitucionais.<sup>220</sup>

52. No Brasil, ao tempo do Império, a competência para anistia, *ex vi* do n.º 9 do art. 101 da Constituição de 1824, era do Poder Moderador, exercido, pessoalmente, pelo monarca. Ficava, todavia, a decretação da anistia condicionada à urgência e quando o aconselhassem a humanidade e bem do Estado.

A Constituição de 1891, de padrão democrático, para servir a regime republicano, havia de transferir, como trans-

<sup>219</sup> Constituição da Itália, de 1948, arts. 75, 76 e 79, in MIRKINE, ob. e ed. cits. Ver MANZINI, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, vol. 1.º (*Parte generale*), 9.ª ed., Pádua, 1949, pág. 259.

<sup>220</sup> HAUS, ob., vol. e ed. cits., pág. 249, ns. 989 e 990.



feriu, integralmente, para o Poder Legislativo, a faculdade de anistiar (art. 34, n.º 27). AURELINO LEAL ressalta a mudança, que lhe pareceu importante,<sup>221</sup> mas que, em verdade, nada tinha de surpreendente. Desaparecido o Poder Moderador, era natural que passasse ao Legislativo, em vista da nova estrutura política do país, a atribuição de anistiar. Chocante seria, num sistema em que persistisse o quarto poder, houvesse sido ele despedido da prerrogativa que antes lhe assistia.

Não inovaram sobre a primeira Constituição republicana, nem a de 1934, nem a reforma de 1926. Ambas, esta, pelo art. 34, n.º 26, aquela, pelo art. 40, letra e, conservaram ao Poder Legislativo federal, e em expresse carácter de exclusiva, a competência para anistiar.

A Constituição de 34 distinguia a matéria legislativa, ora da competência privativa do Poder Legislativo, com a sanção do presidente da República, ora da competência exclusiva, sem a sanção do Executivo, promulgada, neste caso, a lei e mandada publicar pelo presidente da Câmara (arts. 39-40, e parág. único). A anistia estava incluída entre a matéria de competência exclusiva.

Sensível modificação, nesse ponto de exclusividade, trouxe a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937. As limitações, oriundas ao Legislativo em face da organização dos poderes políticos procedida pela Carta em apreço, — reforçada a autoridade e ampliadas as atribuições do Executivo — assinalam, justamente, a mudança operada em relação à anistia, uma vez que a sua concessão não mais constitui atribuição própria do Poder Legislativo, como algo inerente à sua mesma natureza.

Com efeito, se o art. 16, no seu n.º 25, declarava da competência *privativa* da União o *poder de legislar* sobre anistia, claro que o diploma retirava, preliminarmente, dos Estados qualquer possibilidade de decretar anistia, como já era antes; e uma vez que o *poder de legislar* da União estava

<sup>221</sup> AURELINO LEAL, ob. e ed. cit., pág. 749.

confiado ao Parlamento Nacional, atribuição deste seria o resolver sobre anistia. Mas, também, da competência privativa do presidente, *ex vi* do art. 74, letra b, era expedir decretos-leis, quando para isso autorizado pelo Parlamento, nas condições e dentro dos limites estabelecidos pelo respectivo ato de autorização (art. 12), ou enquanto fechado o Parlamento ou dissolvida a Câmara dos Deputados, assim o exigissem as “necessidades do Estado” (art. 13). Numa hipótese, sob autorização formal, que diria das condições e limites do uso do poder delegado. Noutra hipótese, independente de autorização, dado o período de vacância do Parlamento, ou a ocorrência da dissolução da Câmara. Mas, ainda assim, matérias várias, enumeradas no inciso constitucional, escapavam a essa competência legislativa supletiva do presidente da República, e entre essas matérias não estava a *anistia*.

Assim, a anistia, da competência privativa da União, no sentido de defesa aos Estados, fosse para concessão (art. 15, n.º XI), fosse para sobre ela legislarem (art. 16, n.º 25), era, entretanto, sob qualquer dos aspectos, atribuição do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, este na falta ou por delegação daquele.

Pela Constituição de 18 de setembro de 1946, a competência para a concessão de anistia voltou a ser exclusiva do Congresso Nacional (art. 5.º, n.º XIV, combinado com o art. 66, n.º V). Já a Carta de 15 de março de 1967 condicionou, de novo, à sanção do presidente da República, a decretação da medida pelo Congresso (art. 46, inc. VIII).

53. Foi ponto controvertido, na vigência da Constituição federal de 1891, se os Estados tinham competência para anistiar ou somente a União Federal. O art. 34, n.º 27, conferia ao Congresso Nacional a faculdade de *conceder anistia*, sem qualquer limitação ou especificação, enquanto de referência ao indulto ou comutação restringia a faculdade aos crimes de responsabilidade, cometidos por funcionários federais, hipótese em que a competência continuava do Poder Legislativo (art. 34, n.º 28), ou aos crimes sujeitos a juris-

dição federal, hipótese em que a competência era privativa do presidente da República (art. 48, n.º 6).<sup>222</sup>

Nasceu, então, a dúvida sobre a competência dos Estados. Não houve acordo entre os nossos constitucionalistas, nem unanimidade entre as Constituições estaduais. Quatro delas, as de Alagoas, São Paulo, Paraná e Bahia, contiveram, a princípio, dispositivo permitindo ao Estado o poder de anistiar. A expressão era: “nos limites da jurisdição do Estado”. Buscava-se, assim, conciliar a permissão com o preceito constitucional federal, em que se falava de crimes sujeitos a jurisdição federal. Mas isto quanto ao indulto, porquanto na parte relativa à anistia vimos que não existia distinção entre crimes de jurisdição federal ou estadual. AURELINO admitia o poder estadual de anistiar, em relação a fatos simplesmente locais, de natureza comum, uma vez que a jurisdição federal não fosse atingida.<sup>223</sup>

A dúvida não prevaleceria na vigência da Carta de 37, cujos dispositivos foram inequívocos sobre a competência exclusiva da União, como foram os da Constituição de 1946 e são os da Carta de 1967. Nesta, o art. 8.º, n.º XVI, fixa a competência da União e o art. 46, inc. VIII, a específica do Congresso Nacional, para conceder anistia.

54. Ao lado da anistia, menciona o Código, como causa extintiva da punibilidade, a *graça*. Emprega o termo em sentido estrito, não como o direito de graça, em geral, mas como uma das suas modalidades, em especial.

Nessa acepção, a graça difere da anistia, pelas mesmas características genéricas por que o indulto difere. Pela própria noção e pelos efeitos, está muito mais próxima do indulto, com que, a certas luzes, se confunde, do que da anistia.

O Código, enumerando, simplesmente, sem qualquer especificação, como temos visto, a anistia, a graça e o indulto,

<sup>222</sup> Os incisos citados são do texto de 1891. Com a reforma de 1926, passaram, respectivamente, a ns. 26 e 27 os do art. 34, ficando com o mesmo n.º 6 o do art. 48.

<sup>223</sup> AURELINO LEAL, ob. e ed. cit., pág. 762.

não oferece elemento algum para o conhecimento do papel que atribui a cada uma dessas formas de clemência. Repe-liu, entretanto, a sinonímia, apontada por alguns autores, dos vocábulos *graça* e *indulto*, porque não se compreende em dispositivo legal o uso de duas expressões com o mesmo sentido.

O Cód. de Proc. Penal, indicando o modo por que se obtém a *graça*, deixa claro que a sua característica é a de ser soli-citada, enquanto o indulto é *graça* espontânea do poder pú-blico.<sup>224</sup> Nada obsta, entretanto, pelo mesmo Código, a que o presidente da República conceda espontaneamente a *graça* (art. 734).

Outra característica consiste em que a *graça* se aplica somente aos que se encontram cumprindo pena, enquanto o indulto alcança os ainda não condenados. Pelo Código uru-guaio, aliás, o indulto é que extingue a pena, aplicando-se a *graça* para processos pendentes (arts. 109 e 128), e em casos preestabelecidos em lei.

Para VANNINI, a distinção está em que o indulto é cole-tivo, a *graça* individual; o indulto é impessoal, a *graça* é pessoal; o indulto pode preceder a sentença condenatória, a *graça* pressupõe a sua existência, em grau irrecorrível. Têm de comum o efeito, a que ambos atingem, de reduzir, no todo ou em parte, a pena imposta. Não são entre si incom-patíveis, como ainda esclarece VANNINI: o beneficiado por *graça* pode vir a sê-lo, por indulto, como o indivíduo indul-tado pode ser favorecido por um ato de *graça*.<sup>225</sup>

55. A *graça* é favor individual, quer dizer, a pessoa agraciada é *determinada*. Pode ser uma só pessoa, ou mais

---

<sup>224</sup> Era a distinção assinalada no Cód. de Proc. Penal da Bahia, cujo art. 2.114 dispunha textualmente: "Tanto o indulto, o qual é *espontaneamente concedido pelo poder competente*, como a *graça*, para produzirem efeito" etc. (lei n.º 1.121, de 21 de agosto de 1915, Livro 3.º).

<sup>225</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., págs. 695, n.º 277, e 699, n.º 230.

de uma. Prevalecem aqui os mesmos preceitos vistos em relação à anistia: graça mediante condições ou restrições, e alcançando o crime cometido até o dia anterior à data do ato.

Quanto à condição de criminoso primário para que a graça seja concedida, silencia o Código. Nada impede, pois, que um reincidente seja agraciado. Dispõe em contrário o Código italiano, onde, parece, foi o legislador brasileiro buscar a inspiração para adotar o indulto e a graça, com finalidades comuns, mas características próprias.

Pelo Código italiano, a graça não extingue as penas acessórias, salvo se o ato a elas se referir, expressamente (art. 174), nem isenta o beneficiado da indenização do dano (art. 198).

No silêncio do nosso Código, é irrecusável que a comutação da pena principal extingue a medida acessória que seja efeito da condenação criminal, desde que não mais subsista em face da condenação reajustada.<sup>226</sup>

56. Podem requerer a graça o próprio condenado, o Conselho Penitenciário, o Ministério Público ou qualquer pessoa do povo (art. 734 do Cód. de Proc. Penal).<sup>227</sup>

A petição deve ser instruída com documentos ilustrativos da procedência da pretensão. Opinará o Conselho Penitenciário sobre se o benefício deve ser ou não concedido; para isso, examina as provas, constantes dos autos do processo e dos novos documentos apresentados, e recolhe o parecer do diretor do estabelecimento onde cumpre pena o agraciando. A palavra do Conselho Penitenciário dá a lei importância decisiva, para uma razoável apreciação da matéria pelo poder competente. É assim que aquele órgão téc-

---

<sup>226</sup> Sobre comutação de pena e seu reflexo na perda de função pública resultante de condenação criminal, ver *Rev. de Direito Administrativo*, 1954, vol. 35, pág. 361.

<sup>227</sup> Pelos desaparecidos Códigos processuais da Bahia e de Minas Gerais (arts. 2.111 e 597, respectivamente), a graça podia ser solicitada por qualquer pessoa.

nico fará, também, a súmula dos antecedentes do condenado e do seu procedimento durante a prisão.

57. O *indulto*, como vimos, é a outra espécie de graça, na acepção lata. É o perdão da pena, pelo poder público, competente para impô-la.

Se são muitos os adversários do direito de graça, em geral, são incontáveis os do indulto. E intransigentes, mais do que os outros.

Não escasseiam, entretanto, os defensores do instituto. E as razões peculiares que invocam podem ser resumidas nas quatro seguintes, indubitavelmente as principais: o indulto *atenua a severidade da lei em casos concretos; corrige os erros judiciários; recompensa o criminoso, por sua emenda; diminui as hipóteses de execução da pena de morte.*

É singular a razão invocada por GACITÚA, de que se faz mister também, atender à opinião pública, contrária, algumas vezes, e fundadamente, à condenação.<sup>228</sup> Nenhuma forma, porém, mais adequada a conciliar o julgamento da justiça com o critério de julgamento da sociedade, do que o perdão judicial ou a condenação condicional, capazes de suprir, com vantagem, as desvantagens do indulto.

Quanto à primeira daquelas razões: se a lei é rígida e rigorosa, deve ser corrigida, já se tem repetido muito. A pena draconiana para tal crime ou tal criminoso é pena que já não traduz, em lei, o pensamento ou o sentimento da sociedade, e, portanto, pena injusta. Mas não há de ser com a concessão do indulto que o reajustamento da norma penal à realidade dos fatos se processará. A lei perdurará, inflexivelmente, com a sua severidade, extrema ou desnecessária, e

---

<sup>228</sup> C. MOYANO GACITÚA, *Curso de Ciencia Criminal*, Buenos Aires, 1899, pág. 409, *in fine*. CARLOS MAXIMILIANO aponta também este motivo para o indulto; o réu, por descuido ou falta de recursos, deixa transitar em julgado a sentença injusta, pronunciada por juiz “demasiado casuista”, e o indulto seria o meio de corrigir a iniquidade. *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, 1929, pág. 559.



novos conflitos, provavelmente, ocorrerão, impondo a solução simplista de novos indultos, terapêutica oficial que se compraz em vir depois do mal, quando dispõe dos meios e recursos para preveni-lo.

“Ou a pena imposta pela lei é justa e conveniente, ou não é”, escreve CONSTANCE AMOR Y NAVEIRO. Na primeira hipótese, “deve cumprir-se, porque é lei, e porque o exige a justiça”. Na outra hipótese, “deve corrigir-se a lei”. Assim, só lhe parece razoável o indulto, como meio de corrigir, *eventualmente*, os defeitos da lei, isto é, “os excessivos rigores desta em sua aplicação a determinados casos insuficientemente previstos”.<sup>229</sup>

Ainda assim, convenhamos que o demasiado rigor da norma penal, frente a determinado caso concreto, é eventualidade que pode ser sanada, como já dissemos, por outros meios, sem o empirismo e favoritismo que caracterizam, de regra, a concessão do indulto.

A imperfeição das leis e a impossibilidade de o legislador prever os casos a que, em infinita e desconcertante variedade, será aplicada, têm sido as circunstâncias mais consideradas, como justificativas do indulto, à evidência do rigor da norma escrita para o caso concreto.

Não há dúvida que o ideal da sociedade é o de penas adequadas e suficientes ao fim que se tem em vista com a punição, importando num crime, o que, a título de justiça, ultrapassar esses limites. Não quer isto dizer, porém, que, a pretexto de conciliar a lei com o fato, ou, como se exprimia um comentador da nossa Constituição imperial, aplaudindo, aliás, o direito de graça, conciliar “a lei geral com a equidade particular”,<sup>230</sup> deva ou possa o Executivo sobrepor a um veredicto da justiça, errado, ou excessivo, ou iníquo, mas,

---

<sup>229</sup> CONSTANCE AMOR Y NAVEIRO, *El Problema de la Pena de Muerte y de sus Sustitutivos Legales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madri, 1917, pág. 323.

<sup>230</sup> JOSÉ CARLOS RODRIGUES, *Constituição Política do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863, pág. 78.

afinal, definitivo, a sua vontade, algumas vezes prudente, quantas outras caprichosa e parcial.<sup>231</sup>

Consentir ao Poder Executivo a retificação ou a inutilização de decisões do Poder Judiciário, proferidas na sua esfera soberana, é atacar a justiça penal nos seus próprios fundamentos.<sup>232</sup> Realmente, em regime sobretudo de repartição de poderes e delimitação de atribuições, reconhecer ou tolerar ao Executivo essa faculdade, porque a lei seja má, ou a condenação tenha superado a exigência punitiva, é o mesmo que romper a estrutura política do sistema, permitindo a intromissão de um poder em campo peculiar de outro, com o que se satisfaz o interesse ou imperativo da ocasião, mas não se corrige, senão momentaneamente, o desacerto da lei, senão arbitrariamente, o descomedido da condenação.

Mesmo em face de pena excessiva, ainda há quem hesite se a isso é preferível o abuso que deixa a sociedade à mercê dos delinquentes, com o escárnio, consequentemente, da justiça.<sup>233</sup>

Não obstante, a finalidade de suavizar os rigores da lei penal é, ao ver de JUAN P. RAMOS, “o único fundamento racional do indulto”, remediando a situação, irremediável para o juiz, de impor uma pena legal que está além da “necessidade social de repressão”.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> Tentamos, na Constituinte Nacional de 1946, condicionar o exercício do indulto, pelo Poder Executivo, a fundamentos de “justiça, equidade ou conveniência pública”, fórmula que, segundo emenda (n.º 2.524, in *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, de 16-7-46, pág. 3.504), constaria, expressamente, da disposição constitucional a vigorar. Não vingou, contudo, a proposta, e o texto adotado (art. 87, n.º XIX) não se distancia dos modelos clássicos: conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei. O mesmo preceito na carta de 1967: art. 83, inc. XX.

<sup>232</sup> M. RUIZ FUNES, ob. e ed. cit., pág. 51.

<sup>233</sup> GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, 2.ª ed., parte geral, t. 2.º, Buenos Aires, 1925, pág. 302.

<sup>234</sup> JUAN P. RAMOS, *Curso de Derecho Penal*, t. 4.º (*Doctrina y Legislación Positiva*), Buenos Aires, 1928, pág. 436, n.º 571.

Mas a uma tal emergência atende, com melhores propósitos e outras vantagens, inclusive a do prestígio da justiça, o instituto do *perdão judicial*, que QUINTILIANO SALDAÑA considera, exatamente, a forma única sob que o indulto poderá sobreviver no direito penal dos nossos dias.<sup>235</sup>

O famoso episódio da condenação de Vitória Fernández, relatado por JIMÉNEZ DE ASÚA, no seu livro *Crónica del crimen*, revela, melhor do que nenhum outro, o destino reservado ao perdão judicial, para situações tais. Levando a registro civil, como sua filha natural, uma criança enjeitada, que tomara a seu cargo, Vitória cometeu o crime de falsidade em documento público. Mulher solteira, não temia de comprometer o seu nome naquela aventura, que lhe ditava o consciente sentimento da sua maternidade, artificial embora. Mas a letra seca do Código, configurando esse delito de falsidade, clamava, na sua inexorável rigidez, pela punição. Como nos descreve ASÚA, os julgadores, indecisos entre descumprir a lei, absolvendo, o que vale dizer exorbitando, ou cumpri-la, passivamente, recriminando, como juízes, a nobre ação que o seu sentimento de homens compreendiera e desculpava, optaram pela condenação, praticando, pois, uma injustiça, ainda que apoiados na lei. Mas, convictos da iniquidade, reclamavam, na mesma sentença condenatória, o indulto do poder público, valendo-se, para isso, do art. 2.º do Cód. Penal, que facultava aos tribunais representarem nesse sentido ao Governo, sempre que da sentença, em aplicação estrita dos preceitos legais, resultasse evidentemente exces-

---

<sup>235</sup> QUINTILIANO SALDAÑA, *Nova Criminologia*, trad. de ALFREDO ULSON e V. DE ALCÂNTARA CARREIRA, São Paulo, pág. 69. Um dos nossos mais autorizados criminalistas, MAGALHÃES DRUMOND, da Universidade de Minas Gerais, argumentando contra o “perdão judicial” definitivo, propunha, em sua substituição, o “perdão” que denomina de “revogável”, isto é, um perdão sob condição resolutiva, a da “recaída no crime”. Sob qualquer das formas, são irrecusáveis as vantagens do “perdão judicial” sobre o indulto. In *Aspectos do Problema Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, págs. 107 e 108.

siva a pena, atendendo-se ao grau de intenção criminal e ao dano produzido pelo delito.<sup>236</sup>

Que direito assistia à justiça de, convencida, intimamente, da iniquidade a cometer, cometê-la, apesar disso, por simples observância de uma norma penal, feita de modo geral, sem suspeitar particularidades ou circunstâncias? E que valor ou merecimento podia ter aquele indulto, vindo a modo de satisfação da justiça à vítima do seu próprio veredicto, mas uma satisfação irrisória, que jamais a compensaria dos sofrimentos morais de se ver processada e condenada, quando os próprios que a condenaram não lhe achavam crime?

Pelo perdão judicial, entretanto, ter-se-ia chegado ao mesmo resultado, com economia de tempo e de trabalho, sem desprestígio para os juízes, sem constrangimentos à criminosa, sem o ambiente de desencanto, quicá de revolta, que a condenação havia de criar, e realmente criou, nos espíritos não habilitados ao sutil entendimento desses desencontros da lei com a vida. O indulto produzira, tardiamente, através de peripécias evitáveis, e com os inconvenientes todos apontados, o efeito que o perdão judicial teria alcançado, simples, rápido, cabal. . .

Quanto à justificativa do indulto, como meio de reparar os erros judiciários, cabe assinalado que a *revisão* da condenação substituiria o favor, sem qualquer desvantagem para o injustamente condenado. Parece a DONNEDIEU DE VABRES que este recurso, pela sua marcha morosa, como pela limitação às hipóteses expressamente previstas na lei, não oferece a solução pronta que seria, muitas vezes, de desejar, dadas as circunstâncias do caso e a repercussão social do erro judiciário. Bastaria, então, simplificar-se o rito processual e ampliar-se a quaisquer hipóteses o recurso, para a realização perfeita da sua finalidade. Assim, a revisão criminal, regulada com inteligência e prudente largueza, tornará desneces-

---

<sup>236</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Crónica del Crimen*, Madri, 1929, págs. 194 e segs.

sário indulto, como meio de reparação dos erros judiciários, e é este o destino que lhe prevê DONNEDIEU.<sup>237</sup>

A possibilidade — de acordo com o Código brasileiro de processo penal — de promover-se a revisão, entre outras hipóteses, quando a sentença condenatória houver sido contrária à evidência dos autos (Cód. de Proc. Penal, art. 621, n.º 1), e o preceito salutar de que por nenhuma forma será agravada a pena imposta pela decisão revista (art. 626, parágrafo único), afiguram-se-nos princípios suficientemente liberal, um, e assegurado dos direitos individuais, o outro, para que a revisão possa cumprir, com exclusão de qualquer apelo ao indulto, o fim de corrigir os erros judiciários. A lentidão do seu processado é contingência da própria necessidade de cuidadosa apuração dos elementos, velhos e novos, que autorizam o reconhecimento do erro praticado. Que demore esse exame apenas o indispensável, mas que se faça, porque somente assim poderá ter a sociedade a certeza do erro, que procura anular, e somente assim poderá o condenado receber uma reparação completa, por isso que obtida, não por ato de favor, mas por ato de justiça. De resto, o indulto também obedece a regras e formalidades, que fazem preceder o seu deferimento de um verdadeiro processado, ora administrativo, ora misto, mas sempre com perda de tempo.

Porque a Constituição mexicana impede formalmente a repetição de julgamento pelo mesmo delito (art. 23) é que o Cód. Penal daquele país adotou o indulto a favor do condenado inocente, equivalendo, assim, a uma revisão de sentença, para efeito de extinção da pena injustamente cominada (art. 96).

Também não se justifica o indulto como recompensa ao delinqüente pela sua emenda, no curso do cumprimento da pena. O *livramento condicional*, dentre os institutos modernos, satisfaz, francamente, a esse objetivo. Se o considerarmos não plenamente liberatório, uma vez que constrange o

---

<sup>237</sup> DONNEDIEU DE VABRES, *La Justice Pénale d'Aujourd'hui*, Paris, 1929, pág. 195.



indivíduo, pelo período chamado de prova, e pelas outras restrições ou condições que estabelece, então a *pena indeterminada* preenche a função de premiar o detento, pela sua boa conduta, indicativa de regeneração. Efetivamente, pela condenação sem prazo fixo, o delinqüente poderá obter, a qualquer tempo, a conclusão da pena. Mas a alcançará, como um direito, a que fez jus, pelas provas insofismáveis da sua emenda, jamais como um benefício, que houvesse pleiteado, quicá implorado, movimentando os amigos de prestígio pessoal ou político junto à administração, os tais "amigos preclaros dos parentes dos criminosos", como se exprime CARLOS MAXIMILIANO.<sup>238</sup>

Por efeito dessa influência, acontece que, pelo indulto, não se procura saber qual o presidiário que reúne melhores notas, mas, ao contrário, favorece-se o que dispõe de protetores mais altamente colocados. É a justiça penal — continua MARTINEZ DEL CAMPO Y KELLER —, dominada pelo caciquismo. E, a seu ver, o mal se agravou singularmente depois do livramento condicional, porque, agora, os que não merecem esse benefício, por falta dos requisitos imprescindíveis à concessão, recorrem ao indulto, que lhes dá, por um capricho ou influência pessoal, o que lhes fora negado, por motivos sérios.<sup>239</sup>

Pudéssemos contar com a retidão dos governantes, com a sua resistência eficaz às injunções políticas ou de outra natureza, e haveria margem para examinar o indulto, a essa luz de recompensa ao criminoso.

Se o comportamento do penitenciário demonstra, realmente, a sua capacidade de readaptação social, não há mais razão de ser da pena. Para que encerrá-la, então, por um ato de governo, passível, sempre, de apreciações divergentes, se a própria pena é que deixou de existir, por lhe haver faltado um dos requisitos essenciais à sua legitimidade, qual

<sup>238</sup> MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, ob. e ed. cit., pág. 559.

<sup>239</sup> MARTÍNEZ DEL CAMPO Y KELLER, *El Problema de la Delincuencia*, Madri, 1916, pág. 103.



o da sua utilidade? Indultar um criminoso, pelo seu procedimento exemplar na prisão, será escusado onde houver a indeterminação da pena. E efetivamente o indulto desaparecerá, já o previa GONZÁLEZ ROURA, no dia em que as condenações criminais deixarem de impor a pena por prazo certo.<sup>240</sup> Ficaria, a seu ver, como recurso extremo contra a execução da pena de morte.

É a última daquelas razões acima apontadas, a seu favor. PRINS advertia que há mais de trinta anos, na Bélgica, o indulto vinha concorrendo para a supressão de fato da pena capital.<sup>241</sup> Vimos que no Brasil imperial assim aconteceu. Não há negar essa serventia, seja sob a forma de perdão pleno, seja sob a forma de comutação. Não quer isto dizer, porém, que outros meios não sejam capazes de realizar essa função humanizadora, sem os inconvenientes do indulto, “essa medida tão absurda, antijurídica e contrária a uma boa política criminal”, como se exprime, em termos candentes, JOSÉ ALMARAZ.<sup>242</sup>

58. O indulto pode ser a remissão de todas as penas, principais e acessórias, ou de alguma ou algumas. Num como noutro caso, de toda a pena ou de parte da pena. Denomina-se *total*, quando é de todas as penas, e *parcial*, quando de alguma. Também se qualifica de *parcial* o indulto que só alcança parte da execução da pena.

Pode ser, ainda, a substituição de uma pena, por outra, mais leve, e recebe, neste caso, propriamente, o nome de *comutação*. Não é raro confundir-se a comutação com o indulto parcial. Mas aqui o que se dispensa é o cumprimento de parte da pena, enquanto ali se muda a pena; não há, pois, extinção, mas abrandamento de penalidade. A essa forma de comutação chama JIMÉNEZ DE ASÚA *comutação-indulto*,

<sup>240</sup> GONZÁLEZ ROURA, ob., vol., ed. e loc. cit.

<sup>241</sup> A. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 521, n.º 935.

<sup>242</sup> JOSÉ ALMARAZ, *El derecho penal de México independiente*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Chile, 2.ª época, t. 5.º, n.º 3.º, janeiro e março, 1942, pág. 200, n.º 17.

para distinguir de outra, que, pelos seus objetivos de apropriar a pena ao criminoso, denomina *comutação individualizadora*, e ocorre em virtude de circunstâncias especiais, que não passam despercebidas ao legislador, e autorizam, no caso concreto, a substituição da pena. São condições de sexo, idade, saúde, e outras, determinando a decretação de pena, ou regime penal, menos rigorosos.<sup>243</sup>

O Código imperial brasileiro contemplou vários exemplos de comutação, inspirada por sentimento de benignidade. Haja vista que às mulheres não se aplicava a pena de galés, e sim a de prisão, “em lugar e com serviço análogo ao seu sexo”, recomendava, ademais, o preceito legal. Também os menores de 21 anos e os maiores de 60 teriam aquela pena substituída pela de prisão com trabalho; e ao delinqüente em cumprimento de galés seria, logo atingisse a idade de 60 anos, trocada a pena para a de prisão com trabalho, pelo tempo que lhe restasse da outra (art. 45, §§ 1.º e 2.º). São casos singulares de extinção de pena, não em si mesma, mas em relação à sua natureza.

O Código mexicano, para não citarmos outros, prevê hipóteses ainda mais explícitas de comutação, por esse prisma individualizador. Dispõe, efetivamente, o seu art. 74 que os juízes, “apreciando as condições pessoais do acusado, os motivos da sua conduta e circunstâncias do fato, poderão, a seu prudente arbítrio, *comutar* a pena de prisão que caberia, quando esta não exceder de seis meses, pela de multa”. A modificação, outrossim, será não mais à pena, na sua essência, porém quanto ao modo de cumprimento, quando solicitada pelo réu, convicto de não poder cumprir alguma das condições impostas, em vista de sua “idade, sexo, saúde ou constituição física”.<sup>244</sup>

A hipótese típica de *comutação-indulto* é a da pena de morte, trocada pela de prisão. Quando tal substituição se

<sup>243</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal*, 3.ª ed., Madri, 1924, pág. 247.

<sup>244</sup> Lembra AXEL MUNTHE que aos criminosos, enchendo, a seu ver, inutilmente, as prisões, podia ser oferecida a redução de pena, assim consentissem nos seus corpos vivos, mediante anestesia, expe-

torna repetida, quase como praxe, a pena capital está virtualmente abolida, embora persista na lei. O direito de graça serve, assim, ao ajustamento da norma legal às exigências sociais e ao pensamento coletivo, em dado momento, com o que realiza verdadeira missão de preparar a própria reforma da legislação, como DONNEDIEU DE VABRES reconhece.<sup>245</sup>

O indulto pode ser *geral* e *individual* ou *particular*. Aquele é concedido, indistintamente, a todo um grupo de criminosos, sobre que recai uma condenação, por determinado ou determinados crimes. O indulto particular é o deferido em atenção às condições ou merecimentos pessoais do beneficiado. O geral ou coletivo tem pontos de semelhança com a anistia, posto sejam menos extensos os seus efeitos. A lei espanhola das Partidas distinguia o indulto *geral*, deferido em celebração de regozijo do rei, e o *individual*, a instância de pessoa de qualidade social.<sup>246</sup>

Se não há razão de ser do indulto, muito menos do indulto coletivo. O tema despertou, na Constituinte republicana espanhola, intensa controvérsia, de que resultou, no artigo 102 da nova Constituição, a proibição formal dos indultos gerais. A República, entretanto, havia sido, nos primeiros dias, de uma espantosa e criminosa prodigalidade no favor, ao ponto de milhares de detentos terem sido soltos, para quase todos regressarem, sem demora, à prisão, por novos crimes.<sup>247</sup>

Apreciando os dispositivos do Cód. Penal mexicano reguladores da matéria, distingue GONZÁLEZ DE LA VEGA três

---

<sup>245</sup> DONNEDIEU DE VABRES, ob. e ed. cit., pág. 195.

<sup>246</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, t. 1.º, Madri, 1922, pág. 30.

<sup>247</sup> Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Proceso Histórico de la Constitución de la República Española*, Madri, 1932, pág. 426.

---

riência de ordem científica, de muito maior alcance, dado o campo de observação, do que as realizadas nos animais. Criação de novelista ou nova medida de política penitenciária-social? *O Livro de San Michele*, trad. da JAIME CORTESÃO, 3.ª ed., 1938, pág. 69.

espécies de indulto, o *indulto de caráter geral*, o *indulto necessário* e o *indulto de graça*, atribuições, respectivamente, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Aquele primeiro, — a modalidade mais freqüente, — é o perdão, a diminuição ou a comutação da pena, preenchidas pelo condenado certas condições, estabelecidas no próprio ato concessivo. Cabe o indulto necessário, quando aconteça apurar-se a inocência do já condenado. O indulto de graça, finalmente, é deferido nos crimes políticos, a prudente arbítrio do Governo, ou, nos crimes comuns, quando tenha o condenado prestado serviços ao país.<sup>248</sup>

Também é deferido o indulto, pelo Código mexicano, na hipótese de a lei nova não considerar crime o fato como tal definido na lei anterior. A essa forma CARRANCÁ Y TRUJILLO chama de *indulto necessário*, bem como ao indulto motivado por serviços à pátria, reservando a designação de *facultativo* para o indulto nos crimes políticos, em que o Executivo é livre de dar, ou não, o benefício.<sup>249</sup>

59. Arrolando o indulto entre as causas que extinguem a punibilidade, sem o restringir expressamente à ação ou à condenação, e não voltando, em nenhuma outra parte, a dispor sobre a matéria, o Código reabre o debate, entre nós, sobre a concessão do favor antes de sentença condenatória.

Para o Código de 1890 o indulto era causa extintiva, somente, da condenação (art. 72, n.º 2). Nesse sentido, definiu-o LIMA DRUMOND, como “a desistência, feita pelo poder público, da *execução* de pena imposta pelos tribunais”. Ao seu conceito, o Estado não abre mão do direito de punir, mas do direito de *executar* a pena. Também para COSTA E SILVA “o indulto pressupõe a existência de uma pena criminal definitivamente imposta”.<sup>250</sup>

<sup>248</sup> FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA, ob. e ed. cit., pág. 158.

<sup>249</sup> RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano, Parte general*, México, D. F., 1937, pág. 388, 1967, pág. 520.

<sup>250</sup> MORAIS COSTA e FRANCISCO DE MACEDO, ob. e ed. cit., pág. 79; COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 356.

Já BENTO DE FARIA, comentando o velho Código, entendia não importar a circunstância de não ter havido ainda condenação. Entre os nossos constitucionalistas, CARLOS MAXIMILIANO, depois de fixar, como regra, a precedência de sentença passada em julgado, reconhece que pode o indulto ser concedido antes ou logo depois de começar o processo. Mas ao expor os fundamentos doutrinários do instituto, afirma *excelente o costume*, que se estabeleceu, de esperar pela sentença judiciária.<sup>251</sup> É a evidência, irrecusável, de que as razões, invocadas para o indulto, forcem, pelo próprio enunciado, a existência de um veredicto condenatório pelo único poder competente para decretar a responsabilidade penal.

Em sentido contrário, porém, firmando orientação na prática brasileira, estão vários julgados do Supremo Tribunal Federal. Num desses, sendo relator o ministro MUNIZ BARRETO, justamente considerado, no seu tempo, uma das melhores autoridades em matéria criminal, fazia-se o confronto dos dispositivos constitucionais instituidores do indulto no Império e na República, para se acentuar que, enquanto a Constituição monárquica se referia a *penas impostas aos réus condenados por sentença* (art. 101, n.º 8), a Constituição republicana de 91 se referia, simplesmente, a *penas nos crimes sujeitos a jurisdição federal* (art. 48, n.º 6), devendo compreender-se como pena “tanto o castigo imposto pela sentença como o castigo imposto pela lei”. Argumentava a decisão que, se o intento do constituinte fora limitar aos já condenados o indulto, teria usado das expressões *penas impostas pelos juízes federais*, e não “penas nos crimes sujeitos a jurisdição federal”, deixando, assim, claro que visou à pena legal e não à pena judiciária.

Com o ponto de vista adverso, ficaram os ministros HERMENEGILDO DE BARROS e PEDRO DOS SANTOS, este antigo e ilustre catedrático de Processo Penal na Faculdade de Direito da Bahia. Sustentava o primeiro, no seu voto vencido, não

---

<sup>251</sup> BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., pág. 169; CARLOS MAXIMILIANO, ob. e ed. cit., pág. 559.



se compreender “*indulto* ou comutação de pena sem que alguma pena tenha sido imposta em sentença condenatória”. Apontava, exatamente, o Cód. Penal de 1890, que, no art. 71, enumerava as causas extintivas da ação penal, omitindo o *indulto*, para o incluir no seguinte (art. 72), em que declarava as causas extintivas peculiares à condenação.<sup>252</sup>

A doutrina assentada, por maioria de votos, desapoiava antigas e reiteradas decisões do Superior Tribunal Militar, atribuindo ao indulto o efeito, tão-só, de extinguir penas, as quais somente existem em consequência de um processo regular, acabado, e final julgamento do indivíduo contra quem a acusação foi argüida e a ação criminal intentada, e *nunca na constância da mesma ação, isto é, quando apenas existe a acusação, que pode decair com a absolvição do acusado*.<sup>253</sup>

Não se afigura convincente o argumento de que o indulto, uma vez que a Constituição de 91 não fez referência a *penas impostas*, beneficia os acusados ainda não condenados. Haja vista que todas as Constituições estaduais que adotaram o

---

<sup>252</sup> O Cód. de Proc. Penal do Distrito Federal (1924) adotou o mesmo sistema, catalogando no art. 605 as causas de extinção da ação penal, entre as quais a *anistia*, e no artigo imediato as causas de extinção próprias da condenação, entre as quais a *graça*. A seguir, o art. 617 esclarecia que “a concessão de graça só pode ser feita depois de passada em julgado a sentença condenatória”. E coroando o sistema, ali estava a norma do art. 620, de que “a graça não poderá ser concedida, nem executada, sem que o condenado tenha começado a execução da pena”. Também o Código processual baiano, que era de 1915, e notável trabalho do ministro EDUARDO ESPÍNOLA, então professor de Direito Civil na Faculdade da Bahia, restringiu a concessão da graça ou indulto ao *condenado* (art. 2.111), fazendo-a preceder de informação do juiz ou Tribunal que *proferiu a sentença condenatória* (art. 2.113). Pelo mesmo conseqüente, os Códigos processuais de Pernambuco (1924) e de Minas Gerais (1926). Este não se descuidava, até, de estabelecer, pelo art. 608, que a interposição do recurso de graça não suspendia em caso algum a execução da sentença. Tais exemplos demonstram a orientação legislativa brasileira, no sentido de caracterizar o indulto como meio extintivo da condenação.

<sup>253</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* n.º 22.760 (Arg. Judiciário, 1923, vol. 11, págs. 2 a 3).



instituto, posteriormente à federal, usaram essa expressão. Assim, pela exegese do Supremo Tribunal, teríamos que admitir fosse o indulto, nos crimes de jurisdição federal, extensivo, também, aos indivíduos simplesmente processados, enquanto nos crimes de jurisdição estadual ficaria restrito aos já condenados. Injustificável desigualdade, essa, embora só na aparência subsistente, por isso que, vingando a interpretação ampla da norma constitucional a ela teriam que se ajustar os preceitos estaduais.

Um relance pela doutrina estrangeira e pelos modernos Códigos dá-nos a medida da tendência para restringir o indulto à pena já imposta. O Código português, em relação ao perdão real do tempo da monarquia, como a Constituição republicana, em relação ao indulto, por que passou aquele a ser denominado; os Códigos argentino, italiano, mexicano, uruguaio, e, dentre os mais modernos, o búlgaro e o etíope,<sup>254</sup> adotam, todos, o indulto como causa de extinção da pena, sendo que o mexicano positiva que o favor somente pode ser concedido para “sanção imposta em sentença irrevogável”. O projeto argentino de 1937 (art. 111, n.º 2) atribui ao indulto o efeito de fazer cessar a pena. Igualmente, o Projeto SOLER (art. 105, inc. 3.º).

O Código chileno, incluindo-o, embora, entre as causas extintivas da responsabilidade penal, em geral, limita-o à pena (art. 93, n.º 4) e decisões judiciais o têm confirmado. Verdade é que um decreto de indulto a delinquentes de determinados crimes, comemorativo do centenário da independência chilena, beneficiou os ainda processados, e não somente os condenados.<sup>255</sup> Posteriormente, porém, a Corte de Apelação de Santiago, em decisão unânime, reafirmou o ponto de vista tradicional.

Dos considerandos desse julgado, merecem salientados os seguintes: que, enquanto a anistia faz desaparecer o delito

---

<sup>254</sup> Arts. 68, 174, 94, 128, 57 e 239, respectivamente. O projeto mexicano repete o preceito do Código.

<sup>255</sup> SANTIAGO LAZO, *Los Códigos Chilenos Anotados (Código Penal)*, 1915, pág. 167.

e apaga todas as suas conseqüências, é da essência do indulto alcançar, somente, a pena, deixando que subsistam os efeitos do delito; que, em virtude disso, não se pode conceber um indulto antes de sentença executável, não só porque não há, ainda, uma pena a dispensar, como porque, encontrando-se o acusado em situação de obter, pelo veredicto da justiça, a modificação da sentença, nenhuma necessidade tem do indulto, nem é admissível outorgar-se uma graça, sob condição de uma condenação futura; finalmente, que, se o direito de indultar, reconhecido ao presidente da República, pudesse exercer-se, antes de condenação definitiva, a conseqüência seria a abolição do processo, subtraindo-se o réu à ação da justiça e privando-se os juizes do exercício de uma faculdade que somente a eles assiste, e não ao Poder Executivo ou Legislativo, como inequivocamente disposto na Constituição Nacional e na Lei de Organização Judiciária; assim, o indulto a simples processados seria verdadeira *função judicial*, exercida pelo presidente da República, não importa a denominação que lhe fosse dada, o que exorbita das suas atribuições constitucionais.<sup>256</sup>

Entre os criminalistas argentinos, há impressionante acordo sobre a exclusividade do indulto aos casos de condenação já proferida. Dos mais antigos aos atuais, GACITÚA, OBARRIO, RIVAROLA, HERRERA, PECO, JUAN P. RAMOS, EUSÉBIO GÓMEZ, SEBASTIÁN SOLER, os dois últimos, nos seus modernos tratados, não há discrepância. RIVAROLA e OBARRIO, como entre nós, ARAÚJO CASTRO, apontam, mesmo, como uma das diferenças entre a anistia e o indulto, ser a anistia causa extintiva da ação e da pena, podendo, pois, ser concedida antes, durante ou depois do processo, e o indulto, causa extintiva, somente, da pena, dependendo, portanto, de sentença condenatória definitiva.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> *Rev. de Ciencias Penales*, Chile, 2.<sup>a</sup> época, t. V, n.º 3, janeiro a março, 1942, pág. 289.

<sup>257</sup> RODOLFO RIVAROLA, *Derecho Penal Argentino*, parte geral, Buenos Aires, pág. 614; OBARRIO, ob. e ed. cit., pág. 384; ARAÚJO

A circunstância, contudo, de se referir a Constituição argentina à remissão ou comutação de *penas*, sem falar em condenação ou sentença, originou a mesma dúvida suscitada, no Brasil, pelos termos do preceito constitucional de 1891. Exprimindo a sua interpretação, opinou GONZÁLEZ CALDERÓN por que a Constituição argentina, falando, exatamente, em *penas por delitos* sujeitos a jurisdição federal, não autorizava o indulto antes de sentença condenatória, porquanto não existe *pena* senão quando haja sentença judicial definitiva. Ao constitucionalista ajudava nessa inspirada exegese o disposto, ainda, na Carta argentina, no seu art. 95, vedando ao presidente da Nação, “exercer funções judiciais, *arrogar-se o conhecimento de causas pendentes* ou restabelecer as terminadas”. Perdoar a indivíduo apenas processado seria, para CALDERÓN, o Executivo atribuir-se o conhecimento de *causas pendentes*, com inobservância do imperativo constitucional e ofensa aos princípios da justiça penal.<sup>258</sup>

A divergência avultou, principalmente, em dois casos de indulto a simples acusados, em que os pendores ampliativos do Governo foram embaraçados pelo Poder Judiciário. Solicitado este, na forma do inciso constitucional argentino, a opinar sobre a concessão, recusou, em ambos os casos, em épocas diversas, legitimidade à medida, por alcançar indivíduos ainda não sentenciados.

Resolveu-se, de modo curioso, o primeiro dissídio: sobreveio a condenação do indultando, pelo mesmo Tribunal que lhe negara a graça, e o Poder Executivo, face a essa condenação, positivou o indulto. Tudo se processara nos termos da lei, e na conformidade do ponto de vista sustentado pelo Poder Judiciário. Convenhamos, entretanto, em que a simultaneidade do veredicto judiciário e do ato governamental, que o desfez, cria para a justiça uma penosa situação, de que

---

<sup>258</sup> GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1923, vol. 3.º, págs. 359 a 365.

---

CASTRO, *Manual da Constituição Brasileira*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1921, pág. 108.

a sociedade recolherá as conseqüências, e que bem revela o absurdo do indulto, só por si, e ainda mais na condição singular em que fora este concedido.

No episódio posterior, persistindo a dificuldade, pela divergência entre o Poder Executivo e o Judiciário, a Corte Suprema, conhecendo da matéria, opinou pela amplitude da faculdade constitucional do indulto, compreendendo, pois, os acusados ainda não condenados.

Mas encerrado o hiato, que o último caso abrisse, voltou a jurisprudência à orientação anterior, e nela tinha insistido, de modo seguro, afirmava EUSÉBIO GÓMEZ.<sup>259</sup>

Em Espanha, a velha lei sobre a concessão de graça, de junho de 1870, exigia expressamente para a outorga de indulto uma sentença condenatória passada em julgado; apesar disso, como nota CUELLO CALÓN, em mais de um indulto foram beneficiados indivíduos ainda não condenados por sentenças definitivas. Mas é evidente que a praxe abusiva não consagra o princípio.<sup>260</sup>

Bem examinado o assunto, dificilmente as razões, já de si mesmas precárias em relação ao indulto de condenado, poderiam subsistir para o caso de sentença ainda não proferida. Se a justificativa da medida, como vimos, está na neces-

---

<sup>259</sup> EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado*, t. I, 1939, pág. 689. O indulto coletivo de 4 de junho de 1946 alcançou, apenas, delinquentes que estivessem cumprindo pena (*Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano II, n.º 2, 2.ª seção, 1946, pág. 83). Posteriormente, o Governo argentino indultou o Dr. Ricardo Balbín, que estava sendo processado há mais de dez meses, por delito de desacato ao presidente da Nação. Abrem o decreto dois considerandos, um, invocando, como fundamento da graça, os propósitos do Executivo de assegurar justiça rápida, que evite situações de incerteza, prejudiciais do interesse particular, com o descrédito para a ação da justiça; e outro, sustentando a inteira procedência do indulto para simples processado, em face do disposto na Constituição federal argentina. Ver a íntegra do ano de indulgência, bem como das decisões da Suprema Corte nos indultos anteriores de Hipólito Irigoyen e de José Ibañez, na *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano VII, n.º 1.º, 1951.

<sup>260</sup> CUELLO CALÓN, ob. e ed. cit., pág. 189, n.º 9.

sidade de reparação dos erros judiciários ou de moderação aos excessivos rigores da norma legal para o caso concreto, como admitir a consecução dessas finalidades se ainda não há sentença, de que reponte a evidência do erro ou por onde se afirme o rigor demasiado da punição?

O indulto, em tal momento, seria, incontestavelmente, um ato de natureza judicial, marcando a interferência do Poder Executivo na esfera própria de atribuições do Judiciário. A este, como frisou a Câmara de Apelações de Buenos Aires, no primeiro daqueles mencionados episódios, é que está reservada, como única autoridade no caso, a função de apreciar a inocência ou a culpabilidade de alguém, aplicando, na hipótese de culpabilidade, a pena legal correspondente.

Não há razão, pois, para o indulto antes da sentença condenatória.<sup>261</sup>

60. No silêncio do Código sobre os crimes em que cabe indulto, a interpretação deve ser no sentido de abranger o favor toda e qualquer classe de delitos.

Assim era na vigência do Código anterior, quando crimes políticos, militares e comuns podiam ser objeto do benefício.

É mais freqüente, entretanto, o indulto para os crimes comuns, ficando a anistia para os crimes políticos.<sup>262</sup> Mas entre os crimes comuns, alguns podem ser excluídos do be-

---

<sup>261</sup> No Brasil, os atos de indulto geral posteriores à Constituição de 1946 orientaram-se, felizmente, pela restrição aos delinquentes condenados, encerrando, assim, os abusos precedentes que foram incontáveis. Enquanto, por exemplo, os decs. ns. 19.445, 19.451, 21.946 e 24.351 e o dec.-lei n.º 4.223, baixados no período de 1930 a 1942, indultavam, também, acusados ainda respondendo a processo, os decretos ns. 22.065, de 1946, 22.763 e 24.253, do mesmo ano de 1947, 25.732, de 1948, e 27.156, de 1949, foram explícitos na concessão do benefício aos condenados, e, — exceção feita do dec. n.º 24.253 —, somente aos condenados por sentença definitiva.

<sup>262</sup> O indulto coletivo argentino de 4 de junho de 1946 visou aos “crimes políticos” e aos cometidos “por meio da imprensa ou outro meio de manifestação do pensamento” *In Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1946, n.º e pág. citis.

nefício. Quanto ao Brasil, assinala CARLOS MAXIMILIANO que na monarquia o imperador não consentia indulto nos delitos contra o patrimônio público ou particular, e que quanto aos primeiros a praxe foi mantida na República.<sup>263 - 261</sup>

Também não se restringe o indulto aos delitos capitulados no Código; alcança os previstos em lei especial.<sup>265</sup>

Também a natureza da pena não é impedimento à obtenção do indulto. Quaisquer penas, — corporais, privativas da liberdade, privativas de direitos, privativas do patrimônio —, podem ser indultadas.

O Código mexicano exclui, expressamente, do benefício as penas de inabilitação para o exercício de profissão ou de algum direito civil ou político ou para o desempenho de alguma função ou emprego (art. 95). É exceção, e como tal declarada em lei.<sup>266</sup>

Recaindo o indulto sobre pena pecuniária, devemos distinguir: ou o ato, que o concede, silencia sobre a quantia acaso satisfeita, correspondente à multa imposta, e nessa hipótese o indulto isenta o beneficiado do pagamento, apenas, da quantia restante; ou o ato faz retroagir, declaradamente,

---

<sup>263</sup> CARLOS MAXIMILIANO, ob. e ed. cit., pág. 556. Esclarece LEMOS BRITO (*Do Poder de Agraciar*, Rio, 1942, pág. 73) que, ao contrário do que é corrente, o imperador perdoava, amiúde, penas aplicadas por crimes de morte, injúria, ferimentos graves, roubo e até estupro.

<sup>264</sup> Levantando, acaso, pelo *Diário Oficial* da República, o número de indultos criminais deferidos em determinado período (abril a julho de 1954), vemos que predominam, num total de 34, os indultos por *delitos contra o patrimônio*, somando 15, para 7 por *delitos contra os costumes*, 6 por *delitos contra a vida* e 6 por *delitos de lesão corporal*. Entre os crimes da primeira categoria figuram, até, o peculato doloso e o estelionato, e entre os da segunda, o atentado violento ao pudor, com violência presumida.

<sup>265</sup> O decreto do indulto argentino referido reportava-se, explicitamente, ao Cód. Penal e "outras leis e regulamentos vigentes" *In Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1946, n.º e pág. cit.

<sup>266</sup> O projeto mexicano mantém a ressalva. O projeto boliviano não permite indulto de pena acessória, salvo disposição expressa em contrário.



o seu efeito, para alcançar a importância já paga, e, então, assiste ao indultado o direito de reembolsar o que já tenha pago, em cumprimento da sentença.<sup>267</sup>

O indulto da pena principal abrange a pena acessória, salvo declaração em contrário. Pode, por outro lado, o indulto extinguir a pena acessória, sem alcançar a principal. Não é pacífico, contudo, o entendimento sobre a extensibilidade, à pena *acessória*, do indulto de pena principal. Acentuando a discordância, indica **BASILEU GARCIA** os dois aspectos a encarar, na hipótese: o indulto encontra uma penalidade acessória já consumada, e não mais terá poder de desfazê-la; ou encontra uma pena, quer em execução, quer a executar-se, e, então, deve a sanção acessória seguir a sorte da principal. Não se concebe, — comenta —, que, suprimida esta, que é a razão de ser daquela, persevere a eficácia da providência complementar.<sup>268</sup>

Dispõe o Código chileno (art. 43), que o indulto da pena principal não compreende a inabilitação para funções e cargos públicos ou o exercício de profissões dependentes de habilitação, quando se tratar de pena acessória. Pode-se, entretanto, tornar extensivo o favor por preceito expresso.

Igual alternativa consagra o Código italiano.<sup>269</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo (6.<sup>a</sup> Câmara Civil), chamado a aplicar o decreto brasileiro n.º 24.253 a indultado que plei-

---

<sup>267</sup> O indulto brasileiro do Natal de 1947 (dec. n.º 24.253) compreendeu a *pena de multa*, imposta isolada ou cumulativamente, não excedendo, porém, a Cr\$ 1.000.00. No caso de exceder, o condenado só se beneficiaria do indulto se, atendidas as demais condições do decreto, satisfizesse a multa em tempo, ou dela fosse exonerado, nos termos da legislação vigente. Em acórdão de 4 de maio de 1948, no recurso criminal n.º 856, a 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou a graça a um condenado que havia pago, dias antes do decreto, a multa que lhe fora imposta, e demandava restituição, alegando estar extinta, pelo mesmo decreto, a pena. O fundamento da decisão foi não haver o que extinguir, porquanto a pena já estava cumprida. (*Revista Forense*, 1948, vol. 119, pág. 261).

<sup>268</sup> **BASILEU GARCIA**, ob., vol. I, t. e ed. cit., pág. 677.

<sup>269</sup> Art. 174, 1.<sup>a</sup> parte. Ver **MANZINI**, ob., vol. e ed. cit., pág. 263.

teava o benefício também para a pena acessória de perda de função pública, adotou idêntico princípio, sustentando que o indulto apenas neutraliza os efeitos da condenação, *na medida que a respectiva lei determinar*.<sup>270</sup>

Não é diversa a conclusão a que chegam, na esfera governamental, os pareceres jurídicos, bem como as decisões administrativas neles apoiadas.<sup>271</sup>

A extensibilidade do indulto às medidas de segurança não oferece dúvida em face do preceito (Código, art. 86) de que, extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta. Outra será a solução na hipótese de pena normalmente cumprida sobrevivendo o indulto para excluir a medida de segurança. Convence

---

<sup>270</sup> Entre os considerandos do julgado, está o de que o decreto explicitamente declarou contidas no indulto a medida de segurança detentiva (excluída, portanto, a não detentiva), e a pena de multa, quando não excedesse de Cr\$ 1.000,00, ficando, assim, evidente, pela omissão de referência à pena acessória de perda de função pública, o propósito de eliminá-la do benefício *In Rev. de Direito Administrativo*, 1951, vol. 23, pág. 153.

<sup>271</sup> Apreciando, em 1945, despacho em que o então ministro da Justiça, AGAMEMNON MAGALHÃES, afirmava não atingir o indulto a pena acessória de demissão do cargo, podendo, todavia, o agraciado pleitear a readmissão, e sendo livre de fazê-lo o poder competente, escrevia CARLOS MEDEIROS, aplaudindo a solução italiana acima indicada, que, efetivamente, o chefe do Estado, ao conferir a graça, como o indulto, “traça os limites de sua amplitude, tendo em consideração as circunstâncias e as peculiaridades de cada caso” *In Rev. de Direito Administrativo*, 1945, vol. 2.º, pág. 785. No mesmo sentido é o parecer do ilustre jurista, como consultor jurídico do Departamento Administrativo do Serviço Público, inserto no *Diário Oficial da República*, de 14 de outubro de 1949. Nele, invoca-se pronunciamento do consultor-geral da República, em 1947, Dr. ODILON COSTA MANSO. É opinião do Dr. COSTA MANSO, várias vezes manifestada quando no exercício daquele cargo, que as penas acessórias, tanto quanto as principais, podem, *em tese*, incluir-se na *clementia principis*, sendo, entretanto, indispensável que o ato de graça mencione, de modo taxativo, qual a pena ou penas abrangidas, visto que estas, atuando segundo princípios próprios e destinando-se a diversa repercussão, diferem, entre si, qualitativa e substancialmente *In Pareceres do Consultor-Geral da República*, Rio, 1947, vol. único, parte I, págs. 113, 117, 119, 157 e 161.

o argumento de que sendo esta e a pena institutos distintos, no que insiste, em especial, a própria Exposição de Motivos do nosso Código, não coincidem necessariamente os critérios que lhes regulam a execução e o termo.<sup>272 - 273</sup>

61. O indulto, concedido por medida coletiva ou individual, em relação a determinado crime, não alcança o que lhe é conexo, salvo disposição expressa nesse sentido.

---

<sup>272</sup> Sobre a inoportunidade do indulto, após cumprida ou comutada a pena, ver CARLOS MEDEIROS, *Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. cit., pág. 427.

<sup>273</sup> Contrariamente, NOÉ AZEVEDO, para quem a Constituição brasileira, quando concede ao presidente da República a faculdade de indultar e comutar penas, usa do vocábulo “penas” no mais amplo

---

Investido, posteriormente, nas funções de consultor-geral da República, insistiu o Dr. CARLOS MEDEIROS em que o indulto só atinge as penas acessórias quando houver, no respectivo ato, declaração expressa nesse sentido (*Pareceres do Consultor-Geral da República*, vol. IV, 1954, pág. 427). Em parecer de fevereiro de 1957, quando Consulto-Geral da República, insistia o ministro A. GONÇALVES DE OLIVEIRA pela possibilidade do indulto de medida de segurança, invocando o art. 86 do Cód. Penal por via do qual, “extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta”. A seu ver, não havendo necessidade de indulto expresso para a medida de segurança, quando perdoada a pena, não há recusar indulto puro e simples para medidas que tais. Esse entendimento, de resto, não ofenderia a Constituição de 1946, que, ao contrário da de 1934, não falava em “perdoar penas criminais”, mas em “conceder indulto e comutar penas” (o mesmo na de 1967), sendo certo que o direito de “perdoar” encontra fronteira apenas na auto-limitação do presidente da República (*Parecer, Revista Forense*, vol. 172, pág. 649, 1957). Para ANÍBAL BRUNO, o preceito do art. 86 é mera imposição de lei, sem nenhuma lógica no sistema, não lhe parecendo, assim, possa haver indulto somente para extinguir medida de segurança, o que, afinal, seria admitir que o ato do Executivo pudesse ter “a virtude de fazer cessar o estado perigoso do agente”. Exatamente porque a medida de segurança é tratamento em razão de uma condição individual-social, o que há a fazer é o exame do delinqüente para a certeza de que cessou a sua perigosidade, não mais se justificando, pois, a execução da medida (*Direito Penal, Forense*, 1967, tomo 3.º, pág. 205).

O decreto brasileiro n.º 19.445 não previa a hipótese da conexidade de crimes, em relação aos ali declarados, como suscetíveis de indulto. Mas o art. 1.º ressaltava que o indulto seria deferido, ainda que se verificasse alguma das hipóteses do art. 66 do Código então vigente. O Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, com esse fundamento, e por decisão unânime, concedeu o indulto a um indivíduo que respondia a processo pelo crime do art. 124, embora conexo com o de homicídio, mas indulto em relação àquele crime, excluído do benefício o outro.<sup>274</sup>

Também na Bahia, da série dos indultos concedidos por força dos decs. ns. 19.445, 21.946 e 24.351, ocorreu pedido de indulto para um denunciado pelos crimes previstos nos arts. 303 e 181, § 1.º. O juiz deferiu o pedido, quanto ao primeiro crime, mandando prosseguir no processo em relação ao segundo.<sup>275</sup>

62. Pode a concessão ser subordinada a condições, que o indultado deva cumprir, sob pena de ficar sem efeito o favor. Os indultos coletivos, no Brasil, têm sido, sempre, vin-

---

<sup>274</sup> Ac. no *habeas corpus* n.º 7.322, in *Arg. Judiciário*, 1931, vol. 17, pág. 282.

<sup>275</sup> Proc. n.º 512-29, contra E. C. V. na 1.ª Vara Criminal da Capital, cartório bacharel Claudemiro Pita.

---

sentido, compreendendo, também, a medida de segurança, sem embargo das distinções doutrinárias, a que o legislador constituinte, aliás, não estava adstrito. Argumenta, ainda, que se o chefe da Nação pode perdoar o principal, vedado não lhe será dispensar o complemento. Combinando, por fim, o art. 108, inc. II, e o art. 36 do Código, sustenta que se o indulto, como causa extintiva de punibilidade, torna insubsistente a medida de segurança, é óbvio que há um poder implícito do presidente de conceder indulto quanto à medida de segurança, e quem tem poder para praticar implicitamente um ato, dispõe, necessariamente, desse poder para o praticar por maneira explícita (ver *Indulto de Medida de Segurança — Pena cumprida*, parecer in *Revista Forense*, 1955, vol. 159, pág. 95). Na mesma conformidade J. FREDERICO MARQUES (*Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1956, vol. 3.º, pág. 435), argüindo, também, que se a

culados. No de 1932 (dec. n.º 21.946) a ressalva vinha expressa no texto do art. 1.º, cuja redação era a seguinte: “*São indultados os delinquentes primários já condenados por qualquer dos crimes e contravenções previstos nos artigos (segue-se a enumeração) do Cód. Penal, desde que satisfaçam as condições estabelecidas por esta lei*”.

Das condições, uma era de verificação anterior ao pedido do indulto, outras seriam de preenchimento posterior à concessão. Aquela, o bom procedimento na prisão. As outras, prova do lugar onde o indultado iria residir, quando em liberdade, e o ofício ou profissão que iria exercer, bem como o respectivo local. O indulto seria decretado pelo juízo criminal, mediante requerimento do indultando com a prova dos requisitos.<sup>276</sup>

Anteriormente a esse, outro decreto, o de n.º 19.445, de 1.º de dezembro de 1930, que concedia indulto, embora por crimes capitulados em número menor de artigos do Código, estabelecia, também, a condição da residência, mas não a fazia dependente de prova para o fim da concessão. Tratava-se, apenas, de formalidade que o indultado devia cumprir, “antes de ser posto em liberdade”, e constante de simples comunicação ao diretor da prisão, por este transmitida, então, à autoridade policial da localidade em que o indultado ia residir.

---

<sup>276</sup> Apesar de satisfeitas as condições do decreto, o Tribunal de Justiça de Recife negou indulto, por haver o réu, na prática do crime, revelado “perversidade de caráter”. Firmava-se, para assim decidir, nas próprias expressões preambulares do decreto, em que se dizia que, sendo a pena movimento de defesa social, pode cessar quando houver desaparecido o receio de perigo, mormente quando de escassa gravidade as infrações, não demonstrando, por suas circunstâncias, o caráter perverso ou corrompido do agente. Anteriormente, já o mesmo Tribunal, em acórdão unânime, havia negado indulto, por idêntico fundamento. Ver *Rev. Jurídica*, vol. 3.º, fasc. único, 1933, pág. 140.

---

autoridade que indulta pode suprimir o cumprimento da pena e da medida de segurança a um só tempo, com maior razão poderá usar da graça para impedir apenas a aplicação de medida de segurança.



Requisitos freqüentemente decisivos para a concessão do benefício são o de *criminoso primário* e o do *bom procedimento*. A apuração deste último, contudo, nem sempre suscita interpretações ou decisões concordantes. Os dois indultos citados exigiam *bom procedimento*, em relação aos ainda processados, e *bom procedimento na prisão*, em relação ao já condenados. Os de 1946 e de 1947 (decs. ns. 22.065 e 22.763) requeriam, concomitantemente, *bons antecedentes* e *procedimento carcerário*, sem contar a cláusula, também inserta, da ausência de periculosidade. O dec. n.º 24.253, ainda de 1947, em vez de estabelecer, positivamente, a condição do bom comportamento, preferiu atingir o mesmo fim por outra fórmula, a da ausência, nos assentamentos penitenciários, de *faltas graves* e de *mau procedimento*. Por seu lado, o decreto de indulto para o Ano Santo (dec. n.º 27.156, de 1949), sem articular, propriamente, condições, argumentava que o perdão “só deve ser concedido quando os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, o procedimento posterior à inflicção da pena e durante o tempo de prisão autorizam a suposição de que o indultando não voltará a delinquir”, o que impunha, afinal, o exame de um conjunto de elementos, a recomendar, ou desaconselhar, em cada caso, o deferimento da graça.

Em suma, a multiplicidade e a imprecisão de fórmulas nos atos de indulto criam, naturalmente, perplexidade aos tribunais, quando solicitados a esclarecê-las, e motivam, pois, discordância na execução, às vezes, do mesmo decreto.

É exemplo o de n.º 24.253, de 1947, que veio repleto de condições e subcondições, a saber: 1) criminosos *primários*: a) não declarados perigosos; b) sem nota de faltas graves ou mau procedimento, nos assentamentos penitenciários; 2) *condenados até 30 de novembro* daquele ano, por sentença: a) definitiva, ou b) não definitiva; 3) *condenados*, por: a) crimes comuns; b) crimes militares; 4) *condenados a pena não excedente a três anos*: a) de prisão; b) de reclusão. No tocante aos sentenciados a reclusão, exigiu-se, ainda, condição especial, a do cumprimento, no mínimo, de metade da pena, o



que provocou, desde começo, divergência de critérios sobre a época em que tal fração de tempo devia estar preenchida.<sup>277</sup>

Essas são condições que poderão ser impostas para determinado indulto, e não para outro. Condição para todos os indultos, em geral, é estabelecida pelo Cód. Penal espanhol (texto revisto em 1963), qual a de não poder o indultado residir, pelo tempo em que deveria durar a pena, em lugar ou lugares dos que são comumente indicados na sentença condenatória de pena de desterro (arts. 113, inc. 4 e 88).

No indulto condicional, deixa de subsistir o favor, não aceitando o réu a condição, ou furtando-se, posteriormente, a cumpri-la. Em ambos os casos, o juiz determinará que se execute a pena, no todo ou na parte restante.

63. É ponto em debate o de saber se uma condenação, que foi objeto de indulto, subsiste, para efeito de reincidência.

Declara-o, terminantemente, o Código chileno, art. 93, n.º 4. Decidem nesse sentido os doutrinadores, e nisso também se distingue da anistia o indulto. O indulto não apaga o crime; apenas extingue a punição.

O decreto brasileiro citado (n.º 19.445, de 1.º de dezembro de 1930) dispunha, no seu último artigo, que os já condenados por sentença irrevogável, beneficiados pelo indulto, e que viessem a ser processados por qualquer crime e contra-

---

<sup>277</sup> Entenderam uns julgados que antes, outros que ainda depois de 30 de novembro e da própria data do indulto. O preceito em causa estava assim redigido: "Os condenados à pena de reclusão, satisfeitas as demais condições deste decreto, só serão alcançados pelo indulto se já tiverem cumprido, no mínimo, metade da pena" (§ 1.º do art. 1.º). Os que consideraram dever a *metade* da pena estar cumprida no momento da vigência do decreto (que era, aliás, de 23 de dezembro, e rezava entrar em vigor em 25) argumentavam tratar-se, no caso, de concessão de efeitos imediatos ou instantâneos e não *futuros*, atenta a regra de que somente para os sentenciados que na ocasião do indulto satisfazem as condições nele estabelecidas, inclusive quanto ao requisito da pena cumprida, tem cabimento o favor. Os que ponderaram dever a *condenação* ser anterior a 30 de novembro, podendo, todavia, a fração de tempo mencionada estar atingida

venção, seriam considerados reincidentes, para todos os efeitos. Dispunha, também, o decreto seguinte de indulto, número 21.946, de 12 de outubro de 1932, que não seriam considerados delinquentes primários, relativamente aos crimes e contravenções passíveis de indulto, na forma do decreto, os que já houvessem sido anteriormente indultados pelo mesmo motivo ou que, posteriormente àquelas infrações, houvessem cometido qualquer outro crime ou contravenção. Diverso não foi o preceito do terceiro decreto federal de indulto, o de n.º 24.351, de 6 de junho de 1934.

Apreciando a matéria, em face do decreto de 1932, o Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em acórdão de julho de 1940, das suas Câmaras Criminais Reunidas, decidiu que “o indulto extingue a ação mas não faz desaparecer o crime”. O caso era de um condenado pelo crime do art. 306 do Cód. Penal, agraciado, porém, pelo indulto daquele decreto, que voltara a ser condenado, agora pelo crime do art. 297, e promovia a revisão criminal da condenação. O acórdão, em vista da condenação anterior, ainda que indultada, recusava ao réu “folha de antecedentes limpa”, para o fim de atenuação da pena imposta pelo segundo crime. Votou em sentido contrário, isto é, pelo fundamento de que a função do indulto, extinguindo a ação, é apagar, para todos os efeitos, a imputação, o desembargador JOSÉ DUARTE.<sup>278</sup>

---

<sup>278</sup> Revisão criminal n.º 359, in *Revista Forense*, 1941, vol. 86, pág. 186.

---

à data do decreto, ou completar-se, posteriormente, impressionavam-se com as situações dispareas que a interpretação restritiva criava entre delinquentes da mesma categoria, com os mesmos requisitos pessoais e, entretanto, desiguais na fruição do benefício, em vista de mais dias, ou menos dias, de cumprida a pena. Ver, pela primeira solução, decisões do Supremo Tribunal Federal, in *Arq. Judiciário*, vol. 90, pág. 343, e *Revista Forense*, vol. 132, pág. 258; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in *Revista Forense*, vol. 135, pág. 564; e do Tribunal de Justiça da Bahia, in *Rev. dos Tribunais*, Bahia, vol. 40, pág. 471. Pela outra solução, decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in *Revista Forense*, vol. 121, págs. 277 e 589.

Concedendo indulto aos delinquentes já condenados (art. 1.º) e aos ainda sob processo (art. 3.º), o dec. n.º 19.445 usou, para os primeiros, do qualificativo de *primários*, e para os segundos, não. Seria que impunha a condição de *primários* somente para os que já houvessem sido condenados, dispensando-a para os que estivessem apenas processados? Não seria impertinente a interpretação, atendendo-se a que, num caso, o favor beneficiava delinquentes cuja culpa estava já comprovada e decretada, em definitivo, pela justiça, ao passo que, noutro caso, alcançava delinquentes sobre cuja culpa ainda pendiam averiguações judiciais, que podiam concluir pela procedência, mas, também pela improcedência da acusação.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, sendo relator o ministro RODRIGO OTÁVIO, indeferiu *habeas corpus* a pretendente a indulto, no crime por que estava sendo processado, visto que já havia cumprido, anteriormente, pena imposta pelo mesmo crime, o do art. 306, e, assim, não podia ser considerado delinquente primário. O fundamento da decisão, unânime, fora que o dec. n.º 19.445 apresentava “unidade em seus diversos dispositivos, reportando-se aos delinquentes primários que houvessem sido condenados ou estejam processados; nem se compreende que, para efeito do indulto, houvesse sido feita distinção entre delinquentes já condenados e aqueles ainda sob processo, exigindo-se para uns que fossem primários e para outros, não”.<sup>279</sup> No mesmo sentido, uma brilhante sentença do então juiz de direito da 3.ª Vara Criminal do Distrito Federal, Dr. BURLE DE FIGUEIREDO, acentuando que, embora o art. 3.º do dec. n.º 19.445 não qualificasse de *primários* os delinquentes sob processo, suscetíveis de serem indultados, essa condição resultava implicitamente do final do mesmo artigo, em que se exigia prova de “bom procedimento”, que não poderia ocorrer, existindo antecedentes judiciais, até porque a ficha do indiciado, for-

<sup>279</sup> *Habeas corpus* n.º 24.091, do Supremo Tribunal Federal in *Arg. Judiciário*, 1931, vol. 17, pág. 256.

necida pelo Gabinete de Identificação, prejudicaria, de logo, qualquer atestação em contrário. Acrescentava ainda, a decisão que a própria justificativa do decreto declarava os seus benefícios restritos a delinquentes ou acusados de “certa condição”, que, pela natureza dos crimes praticados, ou imputados, não manifestam grave perigo social (texto do decreto), o que revela estarem excluídos do número dos beneficiários, “por definição de temibilidade”, os “reiterantes e reincidentes do crime”.<sup>280</sup>

64. Assenta a maioria dos autores que o indulto não pode ser recusado pelo beneficiado. A questão impõe decidir-se, preliminarmente, se o indulto é uma graça, deferida pelo poder público, por motivo de ordem política, ou um direito, que deva ser solicitado, quiçá reclamado.

Pelas próprias características, fundamentos e finalidades do instituto, como temos visto, impossível é defini-lo como um direito do acusado. Assim, não é lícita a renúncia ao benefício.

Os Códigos e as leis silenciam, a respeito. Conhece-se, todavia, preceito constitucional, entregando ao acusado a escolha entre a graça e a pena: Constituições da Noruega e da Suécia assim prescreveram.<sup>281</sup>

Argumenta OBARRIO, com acerto, que a pena é *imposta contra* o delinquente, não a seu favor, e que, assim, o poder público, competente para decretá-la, é árbitro da conveniência de a aplicar ou dispensar. A extinção ou o abrandamento da pena são eventualidades ditadas pelo interesse público, o mesmo interesse que legitima a sua cominação. Assim, certo que o condenado não tem *direito adquirido* à pena, como admitir que desista do benefício?<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> In *Arg. Judiciário*, 1931, vol. 17, pág. 428.

<sup>281</sup> Arts. 20 da Constituição da Noruega e 26 da Suécia. Ver em DARESTE, *Les Constitutions Modernes*, 2.<sup>a</sup> ed., t. 2.<sup>o</sup>, Paris, 1891, pág. 109, e em MIRKINE GUETZÉVITCH, ob. e ed. cits., págs. 567 e 679.

<sup>282</sup> OBARRIO, ob. e ed. cits., pág. 386.

É mister, entretanto, distinguir, entre o indulto, ainda em curso a ação penal, e o indulto, já proferida sentença condenatória irrecorrível. Cumpre, também, destacar do indulto, propriamente, a comutação de pena.

Uma vez que o indulto não apaga o crime, e conserva no indivíduo a sua condição de criminoso, não é justo coagir quem ainda está processado, e pode merecer, afinal, um veredicto de absolvição, a aceitar o favor, que o vai confundir com os delinquentes de culpa manifesta, favorecidos com o perdão.

Também na hipótese de comutação, deve-se permitir ao sentenciado a opção pela pena a que foi condenado, e está cumprindo. Não, em nome de um *direito adquirido*, que não existe. Mas porque a condenação, passada em julgado, foi a uma determinada pena, a executar-se em condições preestabelecidas, com o que tudo se conformara o condenado, por vontade própria, não recorrendo, talvez, da sentença, ou malgrado seu, perdido o recurso. Trocar uma pena por outra é trazer-lhe, ainda que com a melhor intenção, mudança no que está, e essa mudança, sob aparências ou justificativas de melhor, pode ocasionar-lhe constrangimento, qualquer que seja. Pena de prisão, por exemplo, comutada em pena de multa: por que impedir o condenado de continuar em prisão se assim o queira?

Com a verdadeira doutrina, dispõe o Cód. de Processo Penal brasileiro, art. 739, que o condenado pode recusar a comutação.<sup>283</sup>

Na crônica de célebre crime passionai cometido na Bahia, ficou memorado um episódio com o imperador D. Pedro II. Visitando, no presídio, o Prof. João Estanislau da Silva Lisboa, que, no desvario da paixão, matara a sua jovem e formosa discípula Júlia Feital, e fora, por isso, condenado a 14 anos de prisão, ofereceu-lhe o monarca, condoído do seu infortúnio, a comutação da pena. O preso — ilustre por seus mereci-

<sup>283</sup> O Cód. Processual do Estado de Minas Gerais reconhecia ao indultado a faculdade de rejeitar a comutação, caso entendesse que da nova espécie de pena lhe resultava agravo (art. 610).



mentos intelectuais e morais e querido de uma legião de discípulos e amigos, — replicou, delicadamente, que agradecia a magnanimidade imperial, mas devia sofrer a sua pena até o fim, como de fato sofreu.<sup>284</sup>

O direito de recusar a comutação é, sem dúvida, incontestável, como o de renunciar ao indulto, quando ainda inexistente a condenação.

Não assim, no caso do indulto a condenado, porque, aqui, se o poder público considera dispensável o cumprimento do restante da pena, ou suficiente o cumprimento de certa porção, as razões que o levam a assim pensar e proceder não podem receber, por sua transcendência política, nenhum embargo, muito menos do agraciado. A consequência de um indulto dessa espécie é a liberdade, imediata ou tornada próxima; seria irrisório emprestar-se ao ato o efeito de constrangimento ao delinqüente que cumpre pena.

Mas, coexistindo, na legislação, com o indulto, o instituto da *revisão* da sentença criminal, deve-se consentir ao condenado a preferência pela revisão. É, pelo menos, uma última oportunidade, que se lhe oferece, de alcançar a reforma do julgado, para a proclamação plena da sua inocência. Processada, porém, a revisão, e mantido, na sua integridade, o julgamento anterior, se a seguir, a critério do poder público, o mesmo condenado é alvo de indulto, geral, ou, até particular, a situação é idêntica à de um condenado que não houvesse tentado a revisão, e, dessarte, a recusa do perdão é inaceitável.

---

<sup>284</sup> Ver o epísculo Dr. João Estanislau da Silva Lisboa, por ANÍSIO CIRCONDES DE CARVALHO, Bahia, 1935, pág. 36. Duvida do pro-palado oferecimento do Imperador a historiadora baiana MARIETA ALVES (*Quando falkou a magnanimidade de D. Pedro II, A Tarde*, abril de 1958) fundando-se em que, pouco antes, fora indeferida uma súplica de "graça" que lhe endereçara a Mesa da Santa Casa da Misericórdia da Bahia, em favor do ilustrado preso. É possível, todavia, que o monarca, deslembreado já, ou talvez arrependido, houvesse acenado, realmente, com a mercê que o professor Lisboa, este, sim, não esquecido, briosamente repeliu.



Pelas mesmas razões, o indultado que, antes de o ser, não promovera a revisão da sentença, pode fazê-lo, ainda depois de indultado.<sup>285</sup>

O objetivo, no particular, é a reabilitação, com o se afastar, por novo julgamento, o primitivo veredicto.

Se o indulto não elimina a criminalidade do ato, que persiste, é indubitável que com ele não se anula a faculdade legal do recurso de revisão.<sup>286</sup> Tanto mais que a revisão pode ser pedida pelo interessado depois de extinta a própria pena, e promovida, mesmo, depois da morte do réu (Cód. de Proc. Penal, arts. 622, 623 e 631). Seria absurdo negá-la somente ao indultado.<sup>287</sup>

65. Não tendo sido ainda cumprido, pode ser revogado o ato do indulto, assim apareçam motivos. Um desses motivos será a fraude de que se usou, para a obtenção do benefício. O ludíbrio da administração, que outorgou o favor, e da justiça, que impusera a pena indultada, deve acarretar a anulação plena do indulto, e, conseqüentemente, a impossibilidade de nova habilitação à concessão, ressalvada, ainda, a hipótese de pena para o delito especial que o artifício ou as manobras enganosas importem.

Julgado paulista, incidindo sobre revogação de indulto, pela evidência posterior da falsidade do documento com que

<sup>285</sup> Ver EDGAR COSTA, *Repertório de Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, 1916, pág. 103, n.º 124; VICENTE PIRAGIBE, ob. cit., vol. 1.º, 1931, pág. 670, n.º 2.164.

<sup>286</sup> No mesmo sentido, ac. de 9-5-51, das Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*Revista Forense*, 1954, vol. 151, pág. 456).

<sup>287</sup> O hodierno *affaire-Pétain*, pelos episódios relacionados com a execução e revisão da sentença, ilustra, perfeitamente, tudo que se afirma. Assim, duas comutações — uma, da *pena de morte em detenção perpétua*, e outra, da detenção em fortaleza militar para estabelecimento hospitalar ou local congênere —, foram aceitas pelo acusado, que sempre repeliu, entretanto, a hipótese de se beneficiar com uma graça total. Em maio de 1950, isto é, entre a primeira e a segunda comutações, já os advogados do marechal Pétain iniciavam

o obteve o interessado, conclui que, ainda quando o agente é processado e em definitivo condenado, pela prática da falsificação, permanece o indulto, graças ao princípio da “estabilidade das relações de direito tornadas irretratáveis pela sentença com trânsito em julgado”. Para o Des. MÁRCIO MUNHOZ, em voto vencido, a concessão do benefício não passa de simples despacho, como incidente, que é, da fase executiva da ação penal, escapando, portanto, ao dogma de coisa julgada, não sendo para desprezar que a hipótese concreta era de indulto condicionado nos termos do ato coletivo que o configurou, ficando, por isso mesmo, a decisão na dependência, sempre, da condição. <sup>288 - 289</sup>

66. Pesar de o indulto ser um perdão individual, visando ao delinqüente ou delinqüentes, e a anistia um perdão para o crime ou crimes, beneficiando, indiretamente, os responsáveis, tem-se admitido que o indulto concedido ao autor de um crime abrange, também, para todos os efeitos, os co-réus condenados, que cumpram a pena. Assim decidiram, por acórdão de 1903, o então Tribunal da Relação de Minas, e, por acórdão de 1934, a então Corte de Apelação do Rio Grande do Sul. <sup>290</sup>

<sup>288</sup> Ac. de 10-10-49, das Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo (*Revista Forense*, 1952, vol. 139, pág. 402).

<sup>289</sup> De interessante incidente na execução de indulto conheceu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais: o despacho presidencial, negando a medida, fora inserido no *Diário Oficial* como de concessão, ensejando, por isso, a soltura do suposto beneficiário. Este, ameaçado de recaptura, tão logo se verificara o engano, impetrou *habeas corpus*, para que prevalecesse o publicado, mas a Corte mineira indeferiu o pedido, por entender que vigorava o despacho presidencial, não lhe alterando o sentido um erro eventual de imprensa (*Revista Forense*, 1955, vol. 158, pág. 392).

<sup>290</sup> Ver EDGAR COSTA, ob. e ed. cit., pág. 107, n.º 139; INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, *Questões Práticas de Direito Penal*, Porto Alegre, 1936, pág. 455.

o processo da *revisão*, que, conforme seu desejo expresso, deveria continuar, como continua, depois da sua morte. Ver JACQUES ISORNI-

67. O indulto não deve ser concedido a acusado foragido. Pela razão de que, seja para aplacar os rigores da lei, seja para reparar o erro judiciário, seja para recompensa, pelo bom comportamento, implica, sempre, consideração especial ao acusado, por merecimentos próprios, ou pelas circunstâncias de que se revestiu o seu crime, ou a sua condenação. Essa consideração, não a merece quem deliberadamente se furta à ação da justiça, antes ou depois do veredicto, demonstrando, com isso, menosprezá-la.<sup>291 - 292</sup>

68. O indulto pode ser concedido no correr do período de prova da condenação condicional. São institutos diversos, mas não incompatíveis. Sobrevindo o indulto a um condenado condicionalmente, produz o seu completo efeito, apesar da condição especial em que se encontra o beneficiado. Sendo a condenação condicional medida a que faz jus o criminoso primário, por suas condições individuais, pelos motivos e circunstâncias do seu crime, como obstar ao indulto, se, afinal, serão as mesmas as razões que o inspiram?

Não há, pois, dificuldade, senão quando o decreto de indulto estabeleça, entre as condições pessoais para a mercê, a prova, por exemplo, da ausência de nota desabonadora nos

---

<sup>291</sup> Através de nota à imprensa, contestando a prodigalidade governamental em indultos e comutações, afirmou o gabinete do ministro da Justiça não se haver concedido "qualquer espécie de graça a réu foragido" (ver *Jornal do Comércio*, Rio, 11 de julho de 1954).

<sup>292</sup> No indulto obtido por Norbert Moritz Frank, condenado a um ano de reclusão por delito de contrabando, o Conselho Penitenciário do antigo Distrito Federal opinara contrariamente ao benefício, pela prejudicial de se tratar de réu foragido. Este, sabedor do embaraço, frustrou-o, recolhendo-se, *incontinenti*, à prisão, de modo que uma semana depois, por decreto presidencial de 18 de outubro de 1956, era perdoado *do resto da pena*, ou seja, de toda a pena, menos oito dias! (ver no *Jornal do Comércio*, Rio, 5 de novembro de 1956, requerimento do deputado federal COELHO DE SOUZA).

---

JEAN LEMAIRE, *Requête en Révision pour Philippe Pétain*, Paris, 1950.  
e JACQUES ISORNI, *Souffrance et Mort du Maréchal*, Paris, 1951.

*assentamentos penitenciários* do indultando ou a do seu bom comportamento *carcerário*. Indaga-se, então, como fazer cumprir uma cláusula, cuja verificação a ocorrência da suspensão condicional da pena tornou impossível. Mas a solução só pode ser na conformidade dos fins que os dois institutos colimam: buscam ambos, com efeito, a recuperação social do condenado e a eles é comum o requisito do *bom antecedente*.<sup>293</sup>

O indultado, entretanto, não pode ser beneficiado com a condenação condicional, no julgamento de novo crime que praticar. O indulto deixa subsistir, para efeitos de reincidência, a condenação. Assim, não se trata de criminoso primário, requisito essencial para a decretação da suspensão condicional da pena.

É ponto, também, a assentar-se o limite máximo de pena, exigido para a condenação condicional, pode ser o a que ficou reduzida a pena, por força de indulto. Impõe-se a resposta afirmativa. Indulto e condenação condicional não se contrariam: o poder público, indultando, visou a diminuir o rigor da pena, proporcionando-a ao absolutamente necessário. O Poder Judiciário, como se exprime WHITAKER, pode completar a obra, modificando o modo de execução.<sup>294</sup>

69. O indulto não isenta o beneficiado da obrigação de satisfazer o dano que o crime causou. Assim dispunha o

---

<sup>293</sup> Como o dec. n.º 24.253 exigia que dos *assentamentos penitenciários* do indultado não constassem “faltas graves ou mau procedimento”, entendeu o Supremo Tribunal Federal, negando o benefício a um condenado sob *sursis*, que o decreto visou, somente, aos que, na sua data, *estavam presos*. Anteriormente, aliás, a 3.ª Câmara do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal assentara que o indulto concedido aos criminosos, em determinadas condições, inclusive a de bons antecedentes, alcança os que obtiveram suspensão condicional da pena, embora entre aquelas condições seja mencionado o bom procedimento *carcerário* (ver *Arq. Judiciário*, 1949, vol. 91, pág. 83, *habeas corpus* n.º 30.629, e *Revista Forense*, 1947, vol. 114, pág. 208, recurso criminal 2.800).

<sup>294</sup> F. WHITAKER, *Condenação Condicional*, Rio de Janeiro, 1930, pág. 30, n.º 17.

art. 76 do nosso velho Código, reproduzindo, aliás, idêntico preceito do art. 66 do Código imperial. Incluía-se, na obrigação, o pagamento das custas. Assim o decidiu um aviso de 1835.

O Código mexicano abre, entretanto, uma exceção a essa obrigatoriedade de indenização: e é quando o indulto for em consequência da verificação de inocência (art. 98). Seria, realmente, contra-senso proclamar-se a inocência de um condenado, concedendo-se-lhe, por isso, o indulto, com a obrigação, porém, de satisfazer o prejuízo resultante de um crime que não cometeu.

O indulto, por outro lado, não cria para o beneficiado nenhum direito ao ressarcimento dos prejuízos e despesas decorrentes do processo.<sup>295</sup>

70. O indulto é ato do Poder Executivo. De privilégio real, nas monarquias, passou, a ser, nos regimes republicanos, faculdade do Poder Executivo, reservando-se para o Legislativo a anistia. Assim dispunham, na sua generalidade, as Constituições de antes da guerra. Assim, com pequenas variações, as posteriores. Pela Constituição turca, porém, a atribuição de comutar e perdoar as penas foi confiada à Assembléia Nacional.

Também a Constituição do Uruguai de 1917 deu ao Poder Legislativo a faculdade de conceder graça ou anistia, *em casos extraordinários*, e pelo voto de dois terços, pelo menos, dos componentes das duas Câmaras (art. 18, n.º 14), podendo o projeto ter início em qualquer delas, por proposta de algum dos seus membros, ou proposta do Poder Executivo, por algum dos seus ministros (art. 57).<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Assentando que o indulto exime de pena, mas não anula as suas consequências civis, resolveu o Tribunal Federal de Recursos que o estelionatário indultado não tem direito à restituição das quantias apreendidas como produto do crime (acórdão de 15-9-48, in *Revista Forense*, vol. 123, pág. 541).

<sup>296</sup> Ver MIRKINE GUETZÉVITCH, *Les Constitutions des Nations Américaines*, Paris, 1932, págs. 426 e 430.



Deixando ao presidente da República a competência para indultar ou comutar as penas, nos delitos de jurisdição federal, a Constituição argentina subordinou, entretanto, o uso dessa faculdade ao parecer prévio do Poder Judiciário (art. 86, n.º 6), interessando, assim, a justiça togada na concessão do benefício, embora por simples informação.<sup>297</sup> Mas a Câmara de Apelações de Buenos Aires, segundo refere EUSÉBIO GÓMEZ, entendeu que nada impede o Poder Judiciário de apreciar a conveniência, ou não, do deferimento do pedido, desde que o solicite o Poder Executivo.<sup>298</sup> Também a Constituição finlandesa de 1919 clausulava ao parecer do Supremo Tribunal de Justiça a outorga do favor, pelo presidente da República (§ 29).<sup>299</sup> Mas são casos isolados.

Expressiva, entretanto, foi, no particular, a orientação da Constituição republicana espanhola. Proibidos, como vimos, os indultos gerais, ficou o indulto individual como atribuição judiciária, a cargo do Supremo Tribunal, restando ao Poder Executivo a competência para indultar somente na hipótese de “crimes de extrema gravidade”, e, ainda assim, precedendo parecer do referido Tribunal (art. 102 da Constituição). O sentido do preceito constitucional, e a interessante discussão que, em torno, se travou, manifestam a preocupação moderna de limitar ou condicionar os poderes, dantes discretionais, do Governo, para a concessão do indulto. Do debate constitucional, apura-se mesmo, e o afirma um dos seus principais participantes, que a faculdade do indulto só foi reconhecida ao Poder Executivo, para ressaiva dos casos de pena de morte, em que muitas vezes motivos políticos determinantes ou predominantes não serão razoavelmente considerados, para a eventualidade de uma medida de graça, senão pelo Executivo. O próprio Tribunal não dará o indulto, livre de motivação, visto que o decreto de fevereiro de 1932,

<sup>297</sup> Ver MIRKINE, ob. e ed. cit., pág. 17.

<sup>298</sup> EUSÉBIO GÓMEZ, *Tratado*, t. 1.º, pág. 690.

<sup>299</sup> Ver MIRKINE, *Las Nuevas Constituciones del Mundo*, 2.ª ed., Madri, 1931, pág. 278.



que regulou a concessão da graça, exige que a decisão judicial seja fundamentada.<sup>300</sup>

Grave embate venceu, na Constituinte francesa de 1946, o direito de graça, como faculdade do Poder Executivo. O projeto constitucional de abril, rejeitado pelo *referendum* popular, despir o presidente da República da tradicional prerrogativa, passando-a ao Conselho Superior da Magistratura. Dispunha, com efeito, seu art. 110: “O Conselho Superior da Magistratura exerce o direito de graça”. Não importava, como salientou LAFERRIÈRE, que, nos termos do mesmo projeto, o chefe do Estado participasse, na qualidade de presidente, das deliberações do Conselho; a este, em face do texto expresse, é que competiria exercer, em plenário, por maioria de votos, o perdão das penas.

A Constituição de outubro voltou, porém, ao princípio clássico, embora subordinando a decisão presidencial à audiência do referido Conselho, *ex vi* do art. 35, que estabelece exercer o presidente da República o direito de graça “*en Conseil Supérieur de la Magistrature*”.

Houve dúvida, de começo, sobre a extensão dos poderes assim conferidos ao órgão disciplinar da magistratura; mas o simples confronto entre o projeto recusado e o texto que veio a prevalecer convence de que a “graça” ficou como atribuição pessoal do presidente da República, interferindo o Conselho apenas com a sua opinião, sem caráter conclusivo.<sup>301</sup>

71. A tendência restritiva encontrou apoio nos elaboradores da Constituição brasileira de 1934. Efetivamente, aí se inscrevia, no art. 56, n.º 3, que ao presidente da República

<sup>300</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código Penal Reformado*, Madri, 1934, págs. 53 e 879.

<sup>301</sup> Indaga, com razão, MARCEL PRELOT, como admitir que a Constituição tenha alterado, tão radicalmente, a redação do texto primitivo, para, afinal, manter, de modo implícito, a solução anterior in *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1950, pág. 562). Ver: LAFERRIÈRE, ob. e ed. cit., pág. 1.042; GEORGES VEDEL, *Manuel Élémentaire de Droit Constitutionnel*, Paris, 1949, pág. 561.

compete privativamente perdoar e comutar, *mediante proposta dos órgãos competentes*, as penas criminais. A providência avançou mais, possivelmente, do que iguais cautelas, de outras Constituições ou leis. Porque o que ali era instrução, de parte do Poder Judiciário, a um propósito de indulto, do Poder Executivo, aqui seria iniciativa clara da concessão do indulto, por parte dos órgãos competentes, no particular, os conselhos penitenciários, que passavam, assim, a ter *voto decisório*, mantida ao Executivo a atribuição, apenas, de *decretar* o benefício.<sup>302</sup>

A prática, entretanto, não seguiu essa orientação, que teria sido intenção do legislador constituinte de 1934. Os pedidos de *indulto* continuaram, uns dirigidos diretamente ao presidente da República, outros, dirigidos diretamente ao Conselho Penitenciário. Naqueles, baixava o processado para o *parecer* do Conselho; mas, num caso em que esse parecer foi contrário à concessão do favor, o Governo da União deferiu, não obstante, o indulto.<sup>303</sup> Retomava, assim, o Executivo a velha prerrogativa do indulto, em toda a sua exclusibilidade e intangibilidade, reduzindo a proporções mínimas a faculdade constitucional atribuída, na matéria, aos conselhos penitenciários.

A mesma competência *privativa* do Poder Executivo para indultar, mas nos crimes sujeitos a jurisdição federal, fora a norma de Constituição de 1891 (art. 48, n.º 6).

---

<sup>302</sup> PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro, 1937, pág. 147, nota 1.

<sup>303</sup> Assim procedendo, firmou-se o Governo no parecer do ministro da Justiça de que a *Constituição*, pelo preceito em causa, *não quis, evidentemente, subordinar o exercício do indulto ao parecer favorável dos conselhos penitenciários, porque, se quisesse, perderia o texto sua razão de ser, transformando-se o presidente da República em simples homologador das decisões dos conselhos — quando é sabido que o perdão e a comutação das penas são exteriorizações da soberania exercida, na espécie, pelo chefe da Nação.* (Ver a íntegra desse parecer e valiosas considerações sobre a matéria, num trecho de relatório do Dr. J. G. de LEMOS BRITO, quando presidente do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, in *Rev. de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1936, vol. 12, fasc. 3.º, págs. 171 a 177).

Pela Carta Constitucional de 37 continuou do presidente da República a prerrogativa (art. 75, letra f). No Império, fora atributo do Poder Moderador (art. 101, n.º 8).

Pela Constituição de 1946, ainda a atribuição continuou *privativa* do Executivo, mediante *audiência* dos órgãos competentes, não mais *proposta*, como em 1934. O preceito foi estritamente mantido pela Constituição de 1967.<sup>304</sup>

Assim, no direito brasileiro, esteve sempre o indulto, através das seis Cartas Constitucionais sucessivamente vigentes, entre as atribuições do Poder Executivo.

72. Com o sistema federativo, que o regime republicano inaugurou no país, impôs-se outra questão, a de saber se a atribuição do indulto era exclusiva da União Federal, pelo Chefe do seu Poder Executivo, ou extensiva aos Estados, autônomos na esfera dos seus interesses próprios. O preceito constitucional de 1891 dava ao presidente da República o poder de “indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos a jurisdição federal”. Esta restrição final levou os Estados, quando votaram as respectivas Cartas Políticas, a se atribuírem o poder de indultar as penas nos crimes de sua jurisdição. Argumentou-se, então, com o art. 65, n.º 2, da Constituição, que facultava aos Estados todo e qualquer poder ou direito que lhes não houvesse sido recusado “por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

Efetivamente, por nenhuma das formas a Carta de reve-reiro consignara a proibição dos Estados indultarem as penas

---

<sup>304</sup> Texto da Constituição de 1946, art. 87: “Compete privativamente ao presidente da República: ...XIX, conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em lei”. A Constituição de 1967 conserva o mesmo texto, entre as atribuições “privativas” do presidente da República (art. 83, inc. XX) permitindo, todavia, que a lei autorize o Presidente a “delegar” a atribuição, “em certos casos”, ao ministro de Estado, o que não deixa de ser estranho: uma competência “privativa”, por força da Constituição, transferível a arbítrio de lei ordinária.

nos crimes de sua jurisdição. Resultou daí que, com exceção, somente, das Constituições do Piauí, do Pará e do Rio Grande do Sul, que foram omissas, todas incluíram essa entre as atribuições do Poder Executivo local. Houve, até, conforme observa CASTRO NUNES, certa uniformidade na distribuição da competência, quanto à natureza dos crimes, de acordo, aliás, com a norma federal, que retirava do presidente da República, para entregar ao Congresso, o indulto, quando as penas fossem impostas a funcionários federais, por crimes de responsabilidade (art. 34, n.º 28). Assim, as Constituições estaduais firmaram a competência do Poder Legislativo no caso de crime de responsabilidade dos funcionários estaduais e a do Poder Executivo, no caso de crimes comuns. Destoaram do conjunto as Constituições do Amazonas, do Ceará e do Paraná, que atribuíram ao presidente do Estado, nos dois casos, a faculdade do indulto.<sup>305</sup>

Por outro lado, destacaram-se as Constituições do Ceará e da Bahia, esta, condicionando à audiência do Senado estadual a concessão do favor, e aquela fazendo depender da *aprovação* da Assembléia Estadual os indultos concedidos pelo Poder Executivo.

Outras, como as do Amazonas, Rio Grande do Norte, Sergipe, Espírito Santo, Paraná e Goiás, em vez da interferência do órgão político, mediante essa audiência ou aprovação do Legislativo, preferiram o parecer do Poder Judiciário.

Não ficou nisso só a variedade dos dispositivos reguladores da matéria, nos Estados. A Constituição do Rio Grande do Norte impunha a *motivação* do ato do Poder Executivo. A de Pernambuco, pela reforma de 1898, exigia, para a concessão do indulto, o cumprimento da terça parte da pena. Um indulto com aparências de livramento condicional.

Pesar dessas diversidades, em pontos que não afetavam, contudo, a essência do instituto, um fato se positivou, sem contestação: e é que os Estados recolheram dos termos por

---

<sup>305</sup> CASTRO NUNES, *As Constituições Estaduais do Brasil*, t. I, Rio de Janeiro, 1922, pág. 133.

que a Constituição de 91 admitira o indulto a convicção de que lhes não era vedado, também, indultar, contanto que nos crimes de sua jurisdição.

Dá notícia o citado CASTRO NUNES da tese sustentada pelo Prof. RAFAEL SAMPAIO, ao tempo da reforma da Constituição paulista. A seu ver, era inconstitucional a atribuição de indultos conferidos aos Estados, por isso que tal atribuição implica um ato de soberania, e no nosso sistema o Estado não é soberano, mas autônomo. A Constituição recomendara explicitamente o indulto, como faculdade do presidente da República, para os crimes de jurisdição federal, ficando para os demais crimes o recurso do livramento condicional, previsto pelo Cód. Penal, que é anterior à Constituição. Se fora este o intento do legislador constituinte, teríamos, sem dúvida, como assinala, com razão, CASTRO NUNES, réus em situação de desigualdade, conforme fossem julgados pela justiça federal, ou pela justiça dos Estados, dispondo, ali, do amplo favor do indulto, e aqui do recurso, apenas, do livramento condicional.<sup>306</sup>

A questão da competência para indultar, voltou a debate na Comissão do Anteprojeto Constitucional de 1933. Aí, o Sr. ministro ARTUR RIBEIRO, apoiado pelos companheiros, defendeu o princípio da exclusividade da competência do chefe do Poder Executivo da União. Trata-se, afirmava, de matéria de execução de pena, que é de direito substantivo, e, como tal, privativa da União.<sup>307</sup> Esse ponto de vista foi o vitorioso na Constituinte de 1934, impondo ao preceito constitucional sobre indulto esta redação: “Art. 56. Compete privativamente ao presidente da República: n.º 3, perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais”.

A omissão, no novo texto, daquela restrição “sujeitos a jurisdição federal” revelava inequivocamente, ter sido suprimida a competência dos Estados para o indulto. Isso, entretanto, não impediu que alguns ainda se reservassem nas

<sup>306</sup> CASTRO NUNES, ob., vol. e ed. cit., pág. 133.

<sup>307</sup> Ver JOSÉ MENDONÇA DE AZEVEDO, ob. e ed. cit., pág. 515.

novas Constituições votadas, a faculdade do perdão ou indulto de penas, tal como na vigência da Constituição de 1891. Exemplo disso foram as Constituições do Paraná, Maranhão, Paraíba, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso e Amazonas. Neste último Estado, o Tribunal de Apelação, em decisão unânime, adotando parecer do procurador-geral, fulminou de inconstitucionalidade o preceito.<sup>308</sup>

Não se modificou, com a Carta Política de 1937, a exclusividade da competência da União. O mesmo, na Constituição vigente.

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*III — pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;*

COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 73. Generalidades. 74. Que é retroatividade, como causa extintiva de punição. 75. Criminosos a que beneficia. 76. Decretação de ofício. 77. Retroatividade e indenização civil.

73. Sobressai o Código brasileiro pela referência expressa à retroatividade da lei, entre as causas extintivas de punição. A matéria é disposta ou regulada, ordinariamente, na parte sobre a aplicação da lei penal. É como procedem os Códigos argentino, italiano, belga, chileno, uruguaio e mexicano. O Código português também assim dispõe, embora na parte relativa às causas de extinção de responsabilidade indique, pelo número do respectivo artigo, a retroatividade.

O Código de 90 somente continha referência no capítulo próprio das normas de aplicação, retroativa ou não, da lei penal.

<sup>308</sup> In *Arq. Judiciário*, 1936, vol. 38, abril a junho, págs. 152 e 153 e 215 a 218.



Rompe com a praxe o nosso Código, contemplando a retroatividade juntamente com as causas que extinguem a ação ou a pena. Resulta, daí, duplicidade de dispositivos: no art. 2.º está dito que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. No art. 108, n.º 3, que examinamos, está declarado que a punibilidade se extingue pela “retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso”.

O princípio é o mesmo, imprimindo à nova lei validade para reger fatos a ela anteriores, quando não qualifique tais fatos como criminosos. É exceção à regra de que não há crime, não há pena, sem lei anterior, que defina o crime e imponha a pena. Se assim não fora, a justiça penal seria instrumento político, na mão dos governos, para gáudio dos correligionários e insegurança pessoal dos adversários.

A razão que dita a regra, dita a exceção: se a não-retroatividade da lei penal encontra o seu fundamento na necessidade de garantia e respeito à liberdade dos indivíduos, não deve essa liberdade continuar restringida ou anulada, quando a sociedade não tiver motivos para considerar criminoso o fato a que, antes, cominara pena.

Não é esta, entretanto, a única forma por que a lei posterior pode beneficiar o delinqüente, e, por isso, retroage. Mas é a forma exclusiva porque, beneficiando, faz desaparecer o crime ou a própria condenação. Daí, naturalmente, a sua inclusão nesta parte, em que se relacionam as causas extintivas da punibilidade.

Nos outros casos, a maneira como a lei favorece é moderando prazo, espécie, condições da penalidade, quer em abstrato, quer em relação à sua execução; ou reconhecendo circunstâncias atenuantes inexistentes na lei anterior; ou tornando menos rigorosos requisitos e exigências de ordem processual. Mas o crime persiste, na sua conceituação legal, e ao seu lado a pena, modificada, ou não.<sup>309</sup>

<sup>309</sup> A lei de introdução ao Cód. de Proc. Penal (dec.-lei n.º 3.931, de 11 de dezembro de 1941) mandou aplicar à prisão preven-

Não há, assim, extinção de punibilidade. Esta somente ocorre quando o preceito da lei nova não repete a incriminação penal da lei antiga, quanto a determinado fato. Riscado, já agora, o crime, tudo o que, na vigência da lei velha, começou ou se ultimou, para sua punição, fica sem efeito.

Embora inclua entre as causas extintivas da ação penal a ocorrência da lei que não mais considera criminoso o fato, LUCCHINI pensa, e com razão, tratar-se, no caso, de mero *efeito* do princípio da não-retroatividade da lei penal.<sup>310</sup>

A lei nova, em tais circunstâncias, alcança a própria condenação, cuja execução e efeitos penais faz cessar (art. 2.º). O legislador levou, assim, a consequências extremas, essa forma de retroatividade. Repetiu, no particular, a louvável orientação do Cód. Penal de 90. Este é que, assim dispondo, inovara sobre o Cód. Criminal, onde a retroatividade a benefício fora acolhida, somente, para quando não houvesse, ainda, condenação irrevogável.

74. Convém acentuado que para a lei retroagir, fazendo cessar a punibilidade, é preciso que a descriminação se refira ao fato, em si mesmo, e não a circunstâncias que lhe sejam accidentais, ou a elementos e requisitos da sua conceituação na lei.

Tem importância a distinção, por evitar desacertos na execução da lei nova, ou tendenciosas, quando não errôneas interpretações das suas normas.

Quando desaparece alguma ou algumas daquelas circunstâncias, o fato, por isso mesmo que se trata de circunstâncias accidentais, subsiste, criminalmente, apenas sob diversa medida punitiva. Assim, também, quando a nova lei afasta

---

<sup>310</sup> LUCCHINI, ob., ed. e loc. cit.

---

tiva e à fiança os dispositivos que fossem mais favoráveis (art. 2.º). Assim, também, o prazo já iniciado, inclusive o estabelecido para a interposição de recurso, seria regulado pela lei anterior, se esta não prescrevesse prazo menor do que o fixado, agora, no Código (art. 3.º). Outros preceitos reajustando a nova lei processual aos casos pendentes obedeciam, igualmente, a propósitos de benignidade.

ou substitui algum dos elementos da sua definição, reveste ele outros aspectos, que, às vezes, mesmo, o desfiguram, mas a sua criminalidade persiste.

Nesses casos, pode a lei retroagir, mas em razão dos critérios menos severos por que encara o crime e lhe fixa a pena, nunca para o efeito de extinguir a ação ou a condenação, por ausência de criminalidade no fato, como é a hipótese prevista no n.º 3 do artigo.

Haja vista, por exemplo, a circunstância da *surpresa*, que o atual Código retira do rol das agravantes em geral, não mais aparecendo, por isso, entre as circunstâncias qualificativas do homicídio. Resulta daí que o julgamento de tais delitos, cometidos anteriormente, terá que se ajustar à nova situação. Eliminada, assim, a agravante especial, e inexistentes, que sejam, outras circunstâncias também elementares, o homicídio passará de qualificado (art. 121, § 2.º), a simples, suscetível de pena menor, *ex vi* do art. 121. Não é o crime que deixa de existir, mas uma das circunstâncias, de influência na dosagem da pena. Cancelada a agravante, resta o fato, com a sua incriminação, nem sequer atingida, e as suas outras circunstâncias, destinadas ao aumento ou diminuição da penalidade, dentro dos limites legais.<sup>311</sup>

Exemplo ainda mais típico oferece o Código com o delito de defloramento, que mudou de nome, transfigurando-se em *sedução*, perdidos os clássicos elementos, *engano* ou *fraude*, da sua anterior noção legal, e reduzido para 18 anos o máximo de idade da vítima, dantes fixado em 21.

Uma apreciação apressada do novo dispositivo animaria os defensores de acusado pelo antigo crime de defloramento, na persuasão de que, maiores de 18 anos as vítimas, cessaria automaticamente, para tais acusados, a responsabilidade penal, por impunível o fato.

---

<sup>311</sup> Ver, a propósito, acórdão de janeiro de 1942, da 1.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na apelação criminal n.º 2.878, in *Arq. Judiciário*, vol. 62, págs. 284 a 289.

Repare-se, porém, que o fato, dantes incriminado, não está agora, em princípio, descriminado. A conjunção carnal com mulher virgem constituía, pelo velho Código, o delito de *defloramento*, assim fosse maior de 16 anos e menor de 21 anos a mulher, e houvesse sido a relação sexual obtida por meio de engano, sedução ou fraude. Constitui, hoje, pelo novo Código, o crime de *sedução* (art. 217), assim tenha a mulher mais de 14 e menos de 18 anos, e haja a posse carnal sido obtida, aproveitando-se o agente da inexperiência ou injustificável confiança da sua presa. Modificaram-se, pois, elementos integrantes da configuração legal do delito, isto é, a idade da vítima, e o meio por que se alcança a conjunção carnal, desdobrado, anteriormente, em três — engano, sedução, ou fraude —, cada qual com as suas características próprias.

Fato ocorrido na vigência do velho Código, sendo de menos de 18 anos, de mais de 16, a vítima, e iludida a sua confiança por processos representativos de sedução, é fato que continua punível, pelo novo Código, não há duvidar.<sup>312</sup> Sendo maior de 18 anos a vítima, se o desvirginamento foi obtido por meio de sedução, então o crime deixou de existir, e ocorre a extinção da ação ou da pena.<sup>313</sup> Mas, se o meio por que agiu o sedutor, em vez da sedução, foi a fraude, persiste a punição, por delito de posse sexual de mulher honesta, de-

---

<sup>312</sup> Ver decisão do Supremo Tribunal Federal: o Código de 1940 não deixa de considerar o crime de defloração, hoje mais genericamente denominado de *sedução*, e de puni-lo do mesmo modo, dando-lhe somente a característica de *estupro* presumido no caso de ter a vítima menos de 14 anos — art. 217, combinado com o art. 224, *a* (in *Arg. Judiciário*, 1942, vol. 64, pág. 176).

<sup>313</sup> Ver no vol. 90 da *Revista Forense*: no fasc. 466, abril de 1942, pág. 220, acórdão de janeiro de 1942, da 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na apelação criminal n.º 2.886; no fasc. 468-469, junho e julho, 1942, pág. 817, acórdãos de janeiro de 1942, do Tribunal de Apelação de São Paulo, no *habeas corpus* n.º 2.299, e na pág. 822, sentença do Juízo de Direito de Pereiro, Ceará.

finido no art. 215, e cujo elemento característico é justamente a fraude, como meio para a conjunção carnal.<sup>314</sup>

Com tais cautelas é que se deve entender, para aplicação prática, que não redunde, afinal, em cega distribuição de prêmios de impunidade, o preceito que declara extinta a punibilidade, quando lei nova não mais considera crime o fato anteriormente punível.

75. A lei nova mais benigna se aplica a quaisquer criminosos. Não importa se primários, reincidentes, ou multirreincidentes. Não se compreende, realmente, que, não sendo mais crime o fato anteriormente punível, deixe de o ser para uns, e não para outros delinquentes. A desqualificação criminal não obedeceu a considerações ou critérios de natureza individual, mas a imperativos de ordem pública, pelas alterações de ponto de vista operadas no meio social, em relação ao mesmo fato. Brindar a uns com a isenção de pena, e a outros, não, porque criminosos reincidentes, é transformar o princípio da retroatividade da lei penal, quando mais benigna, num preceito unilateral e particularista, como se se tratasse de medida de graça, a que uns podem fazer jus, e outros, não.

Na legislação penal espanhola houve intervalo no uso dessa retroatividade sem restrições de beneficiários. É que o Código de 1928 estabeleceu a não-retroatividade da lei para favorecer delinquentes habituais, definindo-se, como tal, nos termos do art. 70, o multirreincidente, em que se apurasse, por circunstâncias objetivas e subjetivas, uma tendência constante para o crime. Esse dispositivo de exceção, desconhecido do Código anterior, não prevaleceu no de 1932, e teve, assim, vida curta.

76. Norma de ordem pública, que é, a retroatividade da lei penal deve ser declarada, para os naturais efeitos, inde-

---

<sup>314</sup> Ver JOSÉ DUARTE, *A lei penal no tempo*, Comentários ao art. 2.º do Código Penal, in *Revista Forense*, 1942, vol. 90, pág. 625.

pendente de qualquer solicitação ou provocação do interessado, por si ou seu representante. Não precisaria, de fato, afirmá-lo o Código, para que assim se entendesse. Alguns diplomas, porém, fazem menção expressa à circunstância, pois esclarecem que os efeitos da nova lei se produzem de direito (Código mexicano), de pleno direito (Código argentino). <sup>315</sup>

Esperar do acusado ou do detento o requerimento de cessação da ação ou da pena, do que decorreria, inevitavelmente, uma série de trâmites processuais ou burocráticos, até o deferimento, seria prolongar, indevidamente, o constrangimento, que a ação ou a pena representam. Acresce que no cárcere, alheio ao mundo exterior, podia o condenado demorar de se aperceber da nova realidade. Dificuldades ou contratempos, oriundos, às vezes, da própria engrenagem administrativa dos presídios, ou opostos, talvez, pela maldade humana, a serviço de interesses ou ressentimentos da vítima, ou de sua família, prestigiosa, tudo está a demonstrar acertada a regra de que a extinção da punibilidade deve ser decretada de ofício.

77. Silenciando o Código, quanto ao efeito da lei nova favorável, sobre a reparação civil, a conclusão há de ser, na conformidade dos princípios gerais, pela subsistência da obrigação de indenizar. Observe-se que o art. 2.º, quando dispõe sobre a aplicação retroativa da lei que não mais considera crime o fato anterior, exprime que em virtude dela cessam a execução e os efeitos *penais* da sentença condenatória. Exclui, evidentemente, efeitos *civis*.

A fórmula é idêntica à do Cód. Penal italiano (art. 2.º, parte 2.ª), que ainda prescreve, no art. 198, que a extinção do crime ou da pena não acarreta a extinção das obrigações civis resultantes do delito.

---

<sup>315</sup> Arts. 57 e 2.º, *in fine*, respectivamente.



*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*IV — pela prescrição, decadência ou perempção;*

## COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 78. Prescrição. Seu fundamento. 79. Outros fundamentos. 80. Opositores do instituto. 81. Histórico. 82. A prescrição no direito brasileiro. 83. Crimes imprescritíveis. 84. Prescrição e boa conduta. 85. Condições ou restrições ao benefício. 86. Requerimento e decretação da prescrição. 87. Renúncia. 88. Prescrição e retroatividade da lei. 89. Decadência. Diferenciações. 90. Fundamento. 91. Perempção. Fundamento. 92. Casos de perempção.

78. A prescrição põe fim à ação, ou à pena, pelo decurso do tempo. Transposto certo período, sem que o processo tenha começado ou terminado (*prescrição da ação*), ou, na hipótese de condenação, sem que se tenha dado execução à sentença (*prescrição da pena*), não é razoável prolongar o constrangimento ao criminoso, por delito cuja repercussão social vai exatamente diminuindo, pelo esquecimento em que o envolve o tempo transcorrido.

Ainda que a situação de insegurança pessoal, admitamos, mesmo, de intranquilidade, em que vive o criminoso, enquanto corre a prescrição, esteja longe de igualar, como sofrimento, à pena, — porque, afinal, antes a liberdade sob riscos ou temores —, é indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinidamente, se lhe não fora imposto um termo legal, pela prescrição.

Instituto ainda hoje controversamente apreciado nos seus fundamentos, resíduo, sem dúvida, da refrega que houve de enfrentar, através dos mais duros embates doutrinários, opostos, desde o primeiro instante, à sua marcha pacífica nas legislações, a prescrição corresponde, entretanto, a uma necessidade social, qual a de assegurar o olvido sobre cri-

mes cuja punição, por dificultada ou protelada, perdeu a sua utilidade.

Não há esmerilhar ou apurar se a sociedade tem culpa, nesse amortecimento, quicá perecimento, da exigência punitiva estatal; nem, aceito que tenha, discutir se dessa negligência deve resultar para o delinqüente, como resulta, a impunidade.

A realidade, indissimulável, sobreleva o teorismo dos princípios e das normas, a cuja égide se exerceita o direito punitivo. Esse direito do Estado não transcende os limites da razão ou da conveniência. Há de se ajustar às contingências de todo dia, acompanhando as imposições e mutações do ambiente social, e, pois, liberto de pressupostos jurídicos ou preconceitos. A legitimidade da punição cessa desde o momento em que a sua inutilidade se evidencia.

Insistir na pena para determinado crime, só porque é crime, e, como tal, deve ser punido, é criar, dentro do direito penal, uma contradição palpitante entre os seus fins teóricos e a efetivação prática desses fins. Von LISZT encara, com precisão, o fenômeno, quando esclarece que não se trata de nenhuma força mirífica do tempo, capaz de gerar ou de destruir o direito, mas da subordinação da ordem jurídica ao *poder dos fatos*. Os efeitos da pena, quando a execução é distanciada da prática do ato punível, estariam, por certo, malogrados, pela completa desproporção com as dificuldades e incertezas que ofereceria a verificação do fato, e com a perturbadora intromissão nas novas relações originadas, e já consolidadas. E a ordem jurídica tem por missão a "realização de fins práticos e não a observância rigorosa dos princípios gerais", são palavras, ainda, do insigne tratadista.<sup>316</sup>

Assim, a presunção da desnecessidade da defesa social é, ao seu ver, o único fundamento sério da prescrição penal.

---

<sup>316</sup> FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de JIMÉNEZ DE ASÚA, da 20.<sup>a</sup> ed. alemã, 2.<sup>a</sup> ed., Madri, 1929, vol. 3.<sup>o</sup>, pág. 403.

Essa desnecessidade se acentua por força do longo tempo de inação do Estado, e justo como a consequência dessa inação. Ainda que pareça, não há, a rigor, uma criação artificial, para um fim predeterminado de extinção da punibilidade, a que servisse de pretexto o decurso de tempo, sem o exercício da função punitiva. O que há é uma presunção natural de que numa condenação decretada anos depois do fato punível, numa pena executada anos depois da condenação, já é morta a lembrança do crime, por efeito do largo período de omissão ou descaso da sociedade em agir contra ele, e seria inútil, sobre desumano, reviver o fato, perdido, além do mais, em mistério, pela dispersão das provas e documentos que lhe são pertinentes.

Dir-se-á, como dizem muitos, que a pena não perde, em tempo algum, a sua exemplaridade, visto que a sociedade se alarma não é com o crime cometido, mas com a existência, no seu seio, de malfetores, que o mesmo crime revelou, e que podem vir a reincidir, ou, pelo menos, a constituir permanente ameaça à vida, à honra e à propriedade dos indivíduos, assim não incida sobre eles a pena. “A ineficácia da repressão tardia”, — pensa Peco, — “é uma presunção que nem sempre corresponde à realidade”.<sup>317</sup>

Mas, por seu lado, não é circunstância para desprezar, no exame do problema, a renovação dos quadros sociais, pelo continuar das gerações. Os indivíduos contemporâneos da punição não são os contemporâneos do crime, com o que, às vezes, se formam, na coletividade, critérios diversos de julgamento, tornando intempestiva e sem propósito a pena, levada ao melancólico destino de alcançar, como já se disse, um fato histórico.

Para os que proclamam, na pena, o caráter de exemplaridade, em relação aos que não cometeram o crime, nenhum argumento melhor do que esse, em favor da prescri-

---

<sup>317</sup> JOSÉ PEÇO, *ob. e ed. cit.*, pág. 422.

ção. Mas ainda que problemático esse poder intimidativo, não decresce de valor o argumento, porque, — preste-se ou não, a exemplo, — a pena só é legítima quando traduz o sentimento médio social. Esse sentimento é que lhe dá a medida da necessidade, acusando a justiça ou injustiça da sua cominação. Na época do crime, salvo as exceções de justificativa evidente, corre, sempre, na sociedade, um arrepio de reprovação ao fato e de repulsa ao delinquente. Essa reprovação, encarrega-se de atenuar ou desvanecer o tempo. A repulsa ao autor do crime pode, até, suceder simpatia e consideração pelo indivíduo que, escapando à punição, formou, em outro lugar, para onde fugiu e onde se fixou, o seu círculo social de relações, convicto da lisura e prestimosidade do seu presente, e ignorante do seu passado, em que existiu um crime impune.

Um episódio que as crônicas forenses da Bahia registraram, há alguns anos, é sintomático: um evadido da prisão, autor de crime passional de morte, foi encontrado e identificado, *dezoito anos* depois, numa das capitais brasileiras, onde se instalara, exercendo atividade lícita. Preso e recambiado para a Bahia, a cumprir a sua pena, voltou munido de excelentes atestações de comportamento individual e social, durante os 18 anos de foragido da justiça pública. Notícias particulares, transmitidas de polícia a polícia, confirmavam os atestados. Esse homem fora condenado, uma vez, no grau máximo da pena do homicídio; protestando por novo júri, fora, então, condenado a 21 anos de prisão, sendo, entretanto, esse julgamento anulado, em grau de recurso, pela instância superior. O primeiro veredicto reconheceu as agravantes da premeditação, da surpresa, da entrada em casa da vítima, do motivo reprovado, da superioridade em sexo e da superioridade em arma. O segundo conselho de sentença reafirmara todas essas circunstâncias, aceitando, porém, duas atenuantes: a da ausência de pleno conhecimento do mal e a do exemplar comportamento anterior. Numa, como noutra das

condenações, o vulto, qualitativo e quantitativo, das agravantes servia, sem dúvida, de elemento de perigosidade.

Esse “perigoso”, furtando-se à execução da pena, que devia regenerá-lo, teve, durante quase 20 anos, procedimento indicativo dessa emenda, que a pena buscava. Sentenciado a 21 anos de prisão, o tempo em que estivera detido até a data da evasão e o tempo em que estivera foragido ultrapassavam, somados, o tempo da pena que devia ter cumprido. Admitindo-se, mesmo, que prevalecesse a primitiva condenação a 30 anos, mais de dois terços da pena já estavam vencidos, somado o período anterior da prisão aos 18 anos de fuga. E vencidos, na sua quase totalidade, através de vida livre, sem malefícios ou perturbações à sociedade, e sem perseguições ou prevenções de parte desta, pelo crime ocorrido.

Ainda que a ação penal não estivesse prescrita, como efetivamente estava, e foi declarado em decisão concedente de *habeas corpus*, difícil seria sustentar, dadas as circunstâncias atuais do caso, um interesse concreto da sociedade, ou qualquer utilidade prática, em recolher de novo à penitenciária aquele criminoso, que prescindira da pena para se reintegrar, como parcela prestante, no convívio social. Assim, o tempo construiu, de um lado, uma nova vida, e é certo que dissipara, de outro, a lembrança do crime, de que muitos agora se inteiravam, pelas reminiscências que o fato da prisão, e só ele, despertava. Ocasionalmente, o chefe de Polícia que, pelos deveres do cargo, promovia a extradição, era o Dr. BERNARDINO MADUREIRA DE PINHO, o mesmo promotor público que, 21 anos antes, assinara a denúncia. Jurista e criminalista, brilhante espírito sensível às conquistas mais avançadas da doutrina penal, ninguém melhor em condições para sentir, no caso, a ação do tempo, e testemunhar quanto o *poder dos fatos*, de que nos fala von LISZT, enfraquece a autoridade punitiva do Estado.<sup>318</sup>

<sup>318</sup> Neste interessante episódio, importa notar que a evasão do presidiário não foi acontecimento isolado, que indicasse propósito e cuidado em se furtar ao cumprimento da pena. Gravíssimas ocor-

79. Não é este, todavia, o único fundamento que os autores apresentam para o instituto da prescrição penal. Outros existem, embora secundários, e são, em síntese, os seguintes: os remorsos que afligem o criminoso, na instável expectativa da condenação, valendo, por isso, a prescrição como um sucedâneo da pena; a dificuldade de reunir, consumidas pelo tempo, as provas do crime; o desuso da sanção penal, por parte da sociedade; a presunção da emenda do delinqüente, pelo tempo decorrido; a posse da impunidade.

O fator tempo entra de comum, como se vê, nos vários pontos de vista: não há discordância em que é substancial. Mas a sua exclusividade, ou a concorrência, com ele, de elementos, que o completem, já é motivo de dissídio.

Se o fundamento da prescrição fosse o suplício do acusado, compensando a falta da pena, substituído o castigo, que esta é, pela tortura moral, que a condição de foragido implica, seria indispensável, para decretar-se a medida, a prova da contrição no culpado. Sem isso, impossível afirmar-se a existência do remorso. Dispensar a verificação, seria assentar a prescrição num simples presumir de remorso, quando o mais comumente observado é a ausência de arrependimento, como característica, até, dos mais perigosos delinqüentes.

Tinha razão Roux, ao afirmar que a vida penosa e cheia de inquietações do delinqüente, quando sob ameaça de processo ou de executar-se a pena, “é mais imaginada pelos autores do que vivida pelo criminoso”.<sup>319</sup>

Elemento assim incerto não oferece base consistente para um instituto de tão grave repercussão, pelas suas consequências. E ainda que no exílio procurado pelo criminoso

---

<sup>319</sup> J. A. Roux, *Cours de Droit Criminel Français*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, vol. 2.<sup>o</sup> (*Procédure pénale*), pág. 216, nota 1.

---

rências políticas na Capital da Bahia, com profunda perturbação da ordem pública, favoreceram o levante dos detentos da Penitenciária, escapando à prisão mais de uma centena deles, em cujo número este, que somente tantos anos depois seria encontrado...



haja "excepcionalmente desaparecido a legitimidade intrínseca da sanção penal pela expiação de uma falta, em sofrimentos morais de natureza diversa da de semelhante sanção, o caráter fundamental do peregrino acontecimento" — escrevia LIMA DRUMOND — "se relacionará de preferência com o exercício do direito de graça do que com o conceito científico do instituto da prescrição".<sup>320</sup>

Descrente, também, dos pretendidos pesadelos que assaltam o espírito do criminoso, opinava PRINS que, se as angústias do condenado que foge são reais, "são muitas vezes menos cruéis que as do condenado que expia a sua pena". Não contestava que o delinquente foragido se possa transformar, após certo tempo, num "homem honesto". Será isso motivo para lhe ser dado o perdão, ou concedida a sua reabilitação, em vez de decretada a prescrição, que é "impunidade pura e simples".<sup>321</sup>

Ademais, se a explicação fora razoável em tempos idos, quando à pena se atribuía o efeito de castigo e provação moral, não o seria mais hoje, quando afastado esse objetivo pelo de defesa social.

Com a teoria das tribulações morais do foragido tem íntima afinidade o argumento da presunção de emenda do delinquente. É usual que os dois fundamentos apareçam juntos. Não dá mostra de arrependido da falta que cometeu quem persiste em conduta incorreta. O tempo decorrido sem nova infração penal, sem desrespeito, por mínimo que seja, às sanções legais, faz presumir a regeneração. Arrependimento e regeneração são, pois, situações coincidentes. E por isso, o que se alega contra a prescrição, baseada nos supostos remorsos do acusado, cabe, também, de referência à prescrição, justificada pela presunção de sua emenda. Já vimos, com um exemplo real, que, fugindo à ação da justiça, pode o indivíduo, não obstante, libertar-se da condição de pária.

<sup>320</sup> LIMA DRUMOND, *Estudos de Direito Criminal*, Rio de Janeiro, 1933, pág. 65.

<sup>321</sup> A. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 535, n.º 963.

pela sua atuação social, e tornar, com isso, desnecessária a pena, que não cumpriu. Mas, na hipótese, a circunstância que predomina para a prescrição não é, afinal, a boa conduta, no decurso do tempo, sim a inutilidade da pena, como se expressava GARRAUD, para um crime remoto, cuja memória o tempo deliu.<sup>322</sup> A boa conduta reforça a evidência da desnecessidade da punição, até porque a reincidência, via de regra, interrompe o curso da prescrição. Se o fundamento da prescrição fosse a emenda presumida do acusado, não se justificariam as prescrições de curto prazo, insuficiente, que este é, para a suposição, ao menos, da corrigibilidade.

Por outro lado, apoiar a prescrição no pressuposto de que o tempo dispersa, gasta ou elimina as provas do crime, sejam as da responsabilidade, sejam as da inocência, é oferecer, também, um fundamento sobremodo frágil ao instituto. Realmente, retardando-se a ação, hão de escassear os elementos comprobatantes do delito e da sua autoria. Como podem rarear, se for o caso, os elementos comprobatantes da irresponsabilidade penal do indigitado. É bem de ver que uma tal deficiência dependerá, porém, da espécie da prova, e deixará de existir em curtos períodos, não explicando, pois, as prescrições de breve prazo. E ainda que justificasse a prescrição da ação, não justificaria a da pena, porque o cumprimento desta é efeito de uma sentença escrita, documentada, arrazoada, que se profere em face de provas constantes de um processado, que o tempo não destrói. Serviria, assim, o fundamento para uma espécie de prescrição, e não para outra, o que demonstra a sua improcedência.

Um exagerado zelo pelas garantias individuais faz com que alguns partidários desse fundamento da precariedade de prova se impressionem com a circunstância de não poder o acusado, devido a isso, atestar a sua inocência. Mas os embaraços que o tempo terá criado à comprovação da inocência não serão, por certo, maiores do que os opostos à prova da acusação, pelo que, bem examinadas as situações, não haverá

<sup>322</sup> GARRAUD, *Précis*, ed. cit., pág. 672, n.º 328.

tanto que temer pela condenação de um inocente. As circunstâncias de cada caso é que tornam a defesa *fácil* ou *difícil*, lembrava TRÉBUTIEN.<sup>323</sup>

Para JIMÉNEZ DE ASÚA, a razão da prescrição está na *virtude extintiva* do tempo: a lei penal, como todas as leis, só desaparece quando revogada por outra, não importando, pois, perecimento o seu simples desuso; mas é certo que o não-uso tira às suas sanções a eficácia, residindo nisso o fundamento da prescrição.<sup>324</sup> Por outras palavras, a explicação pela desnecessidade da defesa social ou inutilidade da pena, que já vimos como o fundamento real da prescrição.

A posse da impunidade, que outros autores sustentam, é teoria engenhosa, mas improcedente, também. Conduziria ao absurdo de se atribuir efeito jurídico à posse de um estado contrário à lei, como observou CARRARA. A impunidade não engendra a impunidade, escreveu BERTAULD. O fato de um acusado não haver sido ainda punido não significa que não o deva ser.<sup>325</sup>

A negligência da sociedade em cumprir o dever legal de punição do delito não cria para o acusado nenhum direito, muito menos um direito à impunidade, como seria se houvesse valor a doutrina em apreço. A prescrição é meio necessário de compatibilizar a justiça penal com a realidade dos fatos, nunca um instrumento de impunidade ou um estímulo à criminalidade. Desonera o criminoso das suas obrigações penais, não porque tenha ele conquistado, à custa da incúria alheia, esse privilégio de isenção penal, mas porque justiça que tarda é justiça intempestiva, o que vale dizer, falha nos seus objetivos práticos e, pois, sem bases jurídicas e morais. A sociedade, ela mesma, tem interesse em se poupar ao espetáculo, algo desconcertante, dessa justiça fora de tempo, que publicaria, afinal, a impotência do poder social para descobrir e punir o crime, já hoje esquecido. Com essa adver-

<sup>323</sup> E. TRÉBUTIEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 355.

<sup>324</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madri, 1924, pág. 293.

<sup>325</sup> BERTAULD, *Cours de Code Pénal et Leçons de Législation Criminelle*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1864, pág. 536.

tência, frisa DEGOIS o caráter público da prescrição, estabelecida no interesse da sociedade, e não no interesse do acusado, embora a este beneficie. Falar de um estado de posse da impunidade, como o fundamento da prescrição, é o que pode haver de menos lógico, diante do exposto.<sup>326</sup>

As razões acima vistas, e destacadas, como as principais, dentre as numerosas oferecidas à compreensão do instituto, não é raro que apareçam conjugadas, como interdependentes, fixando-se, dessarte, à prescrição um fundamento múltiplo. Ocorre-nos, a propósito, o nosso velho e procurado PIMENTA BUENO, eis que a precariedade das provas, podendo originar um erro de julgamento, ou, no caso de comprovado o crime, as “inquietações, temores e prejuízos” do acusado que se subtrai ao processo, ou, enfim, a ineficácia da pena, nos seus dois aspectos de exemplaridade e reparação, tudo é, a seu ver, fundamento à prescrição da ação.<sup>327</sup>

Entre os contemporâneos, JUAN P. RAMOS encara, também, a mais de uma luz, o fundamento da prescrição da ação penal. Segundo expõe, há um fundamento *subjetivo* e um fundamento *objetivo*. Subjetivamente, descansa a prescrição em duas presunções da lei: a de que o ofendido — Estado ou particular —, não tem mais empenho na repressão do delito, uma vez que para isso não se movimentou, em determinado lapso; e a presunção da emenda do acusado, por isso que não cometeu, durante esse tempo, outro crime, e a emenda do criminoso é de interesse capital para a sociedade. A desnecessidade da punição, cessada, por influência do tempo, a repercussão social do crime, é o fundamento objetivo. Junte-se, mais, a deficiência de provas. Um conjunto de fatores, de diversa espécie, legítima, portanto, a prescrição da ação. Para justificar a prescrição da pena seria predominante a evidência do desinteresse da sociedade em punir o

<sup>326</sup> DEGOIS, *Traité Élémentaire de Droit Criminel*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1922, pág. 529, n.º 1.074.

<sup>327</sup> PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, 5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1922, pág. 258, n.º 363.

condenado, depois de tantos anos de vida em liberdade, sem a prática de outro crime. <sup>328</sup>

TRÉBUTIEN, por seu turno, cifra em três os motivos da prescrição, sendo um atinente à prescrição em geral, e é a falta de exemplaridade da pena, em virtude do silêncio que o longo tempo, já decorrido, teceu em torno do crime. Se o fim da pena é a conservação da ordem social, a sua utilidade está em função dessa conservação, e desaparece, portanto, quando esmaecida na sociedade a lembrança do crime. A ordem social, perturbada pelo delito, reintegrou-se *naturalmente*, com o decurso do tempo. Os dois outros motivos são peculiares à prescrição da ação, um, e à prescrição da pena, o outro. Relativamente à ação, a dificuldade de prova, pelo desaparecimento, às vezes, das próprias testemunhas, produzindo, assim, a impossibilidade material de se chegar ao conhecimento da verdade. Relativamente à pena, as íntimas angústias por que passa o acusado expatriado, equivalendo à expiação moral do seu crime. <sup>329</sup>

80. Temos visto, até aqui, opiniões divergentes quanto ao fundamento, <sup>330</sup> não quanto à legitimidade ou necessidade da prescrição. Outras, porém, investem contra o próprio instituto, negando-lhe razão de ser.

É costume apontar, neste número, aliás diminuto, BECCARIA e GAROFALO, como a mostrar que, no combate à prescrição, as épocas no direito penal não se distanciam.

<sup>328</sup> JUAN P. RAMOS, *ob.*, vol. e ed. cit., pág. 428, n.º 569, e pág. 436, n.º 573.

<sup>329</sup> E. TRÉBUTIEN, *ob.*, vol. e ed. cit., pág. 355.

<sup>330</sup> Em interessante contribuição para o estudo da prescrição penal, o DR. RENATO PAIS DE BARROS dá ao instituto, além dos fundamentos conhecidos, mais outro, este de natureza econômica, o da "frequência dos negócios realizados com *terceiros*, que, de boa-fé e na ignorância da vida pregressa do delinqüente, com ele houverem contratado". E exemplifica com um indivíduo que, fugindo do lugar onde cometeu o crime, fixa em outro o seu domicílio, inicia atividade mercantil, prospera, ganha prestígio e conceito, e, graças à nova situação, entra em relações de correntista com estabelecimento

Nenhum dos dois, entretanto, rejeitou, em princípio, a prescrição. A posição de GAROFALO, "aparentemente contrária", como se exprime TEJERINA,<sup>331</sup> seria a mesma de BECCARIA, um século antes. O pensamento de ambos é que a prescrição não deve beneficiar criminosos perversos ou acobertar crimes atrozes. Recomendam-na, porém, para casos nos quais o esquecimento que, durante longo tempo, envolveu o crime, faz diminuída sensivelmente a necessidade do exemplo, permitindo ao indivíduo, já "suficientemente punido", retornar à sociedade, sem o temor de novos castigos, tal o exemplo de BECCARIA, ou quando o agente tenha prestado, por sua conduta, boas contas, apresentando-se apto, de novo, à vida social, tal o exemplo de GAROFALO, que subordina, em suma, a prescrição ao índice de corrigibilidade ou incorrigibilidade dos acusados, recusando-a, pois, aos delinquentes natos.<sup>332</sup>

---

<sup>331</sup> I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, Salamanca, 1937, pág. 423.

<sup>332</sup> BECCARIA, ob. e ed. cit., pág. 74; GAROFALO, *La Criminologie*, ob. e ed. cit., pág. 397.

---

bancário, que tem na sua presença, à frente dos negócios, a melhor garantia; até que, certo dia, inopinadamente, a sua prisão, como criminoso que é, ocasiona a perda do seu crédito, o malogro da empresa, o prejuízo para o banco, que contrata "na ignorância dos antecedentes do cliente"... Segundo o douto opinar, terceiros que, de boa-fé, realizam negócios com indivíduos ainda não quitados com a justiça penal, não podem ficar, assim, à mercê de tais surpresas, que trariam danos irreparáveis ao seu patrimônio. Mas, o exemplo figurado, típico de um sem-número de casos que ocorreriam, no particular, ilustra, em última análise, a tese da desnecessidade social da pena, em determinadas circunstâncias. Porque, na hipótese, somente um desarrazoado apego à idéia, em abstrato, da punição, autorizaria o absurdo de ser afastado o indivíduo da sua atual atividade, de objetivos sociais e, a toda aparência, honesta, só para cumprir uma pena, talvez merecida a seu tempo, mas já agora inútil, e, além disso, prejudicial de outros interesses, também respeitáveis. O que fala pela prescrição é menos o interesse privado do que a razão de conveniência pública In *Justitia*, São Paulo, 1939, vol. 1.º, fasc. 1.º, págs. 9 a 12.



GAROFALO, coerente com os postulados do positivismo penal, transforma, pela base, o instituto, substituindo-lhe o elemento do simples transcurso de tempo pelo da regeneração do criminoso, provada pelo seu procedimento. A temibilidade do agente será, com as exigências da defesa social, a determinante fundamental da prescrição. Não são as penas ou os crimes que se tornam prescritíveis ou imprescritíveis: os criminosos é que devem, de acordo com o seu índice de comportamento individual, merecer, ou não, a prescrição dos crimes que cometeram, ou das penas a que estão sujeitos.

Prescrição individualizada, em cada caso, na conformidade da conduta do beneficiando, verificada judicialmente, é o que, também, preconiza QUINTILIANO SALDAÑA, de quem se conhece uma das mais veementes sátiras ao instituto. Figura o preclaro criminalista o caso de dois co-autores de um latrocínio, levados, ambos, à penitenciária, para cumprimento da pena de prisão perpétua, a que foram ambos condenados. Em caminho, fuge um deles; e, 20 anos depois, livre e rico, aparece no presídio, onde lhe vem ao encontro o companheiro, envelhecido e decrepito, que ainda ficará 10 anos na cadeia, nos termos da regra legal de indulto da pena de prisão perpétua, quando cumpridos *trinta anos*; enquanto ele, que escapara à punição, já está isento de pena, de acordo com outra regra legal, que marca em *vinete anos* a prescrição da condenação à prisão perpétua. Assim, a lei recompensava o que fugira, e castigava, duramente, a *honradez penitenciária* do que não soubera ou não quisera fugir. A sociedade lembrava-se do crime do acusado presente e esquecia-se do crime do acusado ausente.<sup>333</sup>

81. Não conheceram os romanos a prescrição da pena; e a da ação somente a adotaram tardiamente, na época imperial, ainda assim restringida, a princípio, a determinados crimes. Depois é que a providência foi estendida à generali-

---

<sup>333</sup> QUINTILIANO SALDAÑA, *El Futuro Código Penal*, Madri, 1923, pág. 41.

dade dos delitos, restando sempre, todavia, algumas infrações imprescritíveis.

Admite-se que a primazia no dispor sobre a matéria coubesse à *lex Julia de adulteriis*, fixando o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes de *adultério, estupro e lenocínio*, nela previstos.<sup>334</sup>

Explica GARRAUD que o limite de cinco anos fora naturalmente preferido por ser este o tempo para as festas lustrais.<sup>335</sup> Se assim foi, é evidente que os romanos associavam à idéia de prescrição a idéia de perdão, que as aparatosas cerimônias quinquenais da lustração simbolizavam, na sua expressão tradicional. Não andava longe, pois, o pensamento de que o tempo, assim como isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, servia, também, de expiação ao criminoso, equivalendo ao sofrimento moral da pena. A conclusão é razoável, atendendo-se à coincidência do prazo da prescrição com os dos banhos lustrais.

Quanto ao crime de adultério, agora essa prescrição de cinco anos, comum às ações pelos crimes definidos na *lex Julia*, havia, ainda, o termo especial de seis meses para que se iniciasse a ação, sendo dois meses para a queixa do marido ou do pai da acusada, e, os quatro restantes, para a queixa de outrem, em falta, por negligência ou conivência, dos a quem se atribuía, primordialmente, o interesse de acusar em tal crime.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> Código, liv. III, tit. VII, *Ad legem Juliam de Adulteriis et stupro*.

<sup>335</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. I ed. cit., pág. 543.

<sup>336</sup> Dig., liv. 48, tit. 5.º, n.º 4, § 1.º: "*Extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum et patrem conceditur; nam post sexaginta dies, quatuor menses extraneis dantur, et ipsi utiles*". Mas aos estranhos, que podem acusar, se reconhece a faculdade de apresentar queixa depois do marido e do pai; porquanto, depois dos sessenta dias, ainda a eles se concede o prazo de quatro meses, também úteis. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. cit., t. 3.º, pág. 734. Tem assim suas raízes no direito romano o preceito nas legislações modernas, marcando prazo reduzido para o ingresso em juízo da queixa criminal por adultério.

Passou, depois, a ser de 20 anos a prescrição, menos para os delitos mencionados, em que continuou de um lustro. Também de um lustro ficou sendo a prescrição no peculato.<sup>337</sup> E insuscetíveis de prescrição ficaram os delitos de *parricídio*, de *apostasia* e de *parto suposto*, em razão, o primeiro, da sua atrocidade, o segundo, da influência do cristianismo, tornado a religião oficial, e o último, por efeito da imprescritibilidade do estado das pessoas, comenta PESSINA.<sup>338</sup>

A noção de que crimes graves não devem ser beneficiados com a prescrição chegaria, assim, até os nossos dias. Foi, enfim, argumento para BECCARIA e GAROFALO, na restrição que opuseram ao instituto.

As legislações posteriores se inspiraram, mesmo em relação à imprescritibilidade, nos textos romanos, salvo modificações impostas por peculiaridades regionais. Não se nota, entretanto, acesso franco à prescrição.

A da pena, por exemplo, continua ignorada, e somente no século XVIII entra na legislação, pelo Cód. Penal francês de 1791. Conserva-a o Cód. de Instrução Criminal de 1808, sob condições ou restrições, e por diversos lapsos de tempo, correspondentes à diversa natureza das infrações. O antigo

<sup>337</sup> "*Peculatus crimen ante quinquennium admissum obliui non oportet*". Não deve ser inculcado o peculato cometido cinco anos antes. Dig., Liv. 48, tit. 13, n.º 7. In GARCÍA DEL CORRAL, obra citada, t. 3.º, pág. 770.

<sup>338</sup> ENRIQUE PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de H. GONZÁLEZ DEL CASTILLO, 3.ª ed., Madrid, 1919, pág. 756. Ver Dig., Liv. 48, tit. 9.º, n.º 10, sobre o parricídio: "*eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur*". Permite-se sempre a acusação contra os que possam estar sujeitos à pena de parricídio. Código, Liv. I, tit. VII, n.º 4, sobre a apostasia: "... *et nullis finita temporibus huiusce modi criminis arceatur indago*..." — ... e não se tenha como extinta por tempo algum a perseguição de crime dessa natureza... Dig., Liv. 48, tit. 10, n.º 19, § 1.º, sobre o parto suposto: "*Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur*". A acusação de parto suposto não está adstrita a nenhuma prescrição de tempo. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. cit., t. 3.º, págs. 758 (parricídio) e 764 (parto suposto), e t. 4.º, pág. 128 (apostasia).

direito francês adotara, como regra, o prazo de 20 anos, dos romanos, assim como o princípio de não-prescrição de alguns crimes. Ressalta GARRAUD como a prescrição da pena se veio insinuando na prática, até sua consagração na legislação, por via do critério de que as condenações penais deviam ser executadas dentro de 30 anos, porque do contrário estariam prescritas.<sup>339</sup>

Os ingleses ofereceram severa resistência ao instituto da prescrição, a ponto de o acolherem como exceção, e não como regra. A máxima dominante de que *nullum tempus occurrit regi*, corolário do princípio de que as acusações criminais são intentadas em nome do rei, *para quem não corre o tempo*, permitiu processos muitos anos depois de cometido o crime, sem qualquer limitação no tempo. KENNY, com apoio no testemunho de STEPHEN, refere atos processuais realizados, certa feita, 60 anos depois do delito. Isto, ainda na segunda metade do século passado.<sup>340</sup> Reconheça-se, porém, que tal possibilidade jamais teria criado transtornos, ou jamais representou perigos à liberdade individual, visto que, como frisa ED. JENKS, exemplificando, raramente uma causa-crime, por mais importante, se prolonga além de seis meses, contados do dia em que o delinquente foi capturado.<sup>341</sup> Uma justiça penal que alcançou tão apreciável grau de celeridade processual, permitindo gastar-se, em cada caso, como se exprime, ainda JENKS, o tempo somente indispensável para se reunir, de maneira satisfatória, os elementos para o julgamento oral, terá autoridade para revestir de tão rigorosos aspectos a prescrição criminal, ainda que se não reconheça justificativa, doutrinária ou política, a tal prática.

Prescrição da ação e prescrição da pena figuram, afinal, e aquela sob os velhos moldes gerais, nos Códigos modernos. Variam, entretanto, as normas em que se inscrevem, quanto aos requisitos, extensão, efeitos etc. É assunto para outra

<sup>339</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ob. cit., pág. 546.

<sup>340</sup> KENNY, ob. e ed. cit., pág. 514.

<sup>341</sup> EDWARD JENKS, *El Derecho Inglés*, trad. de J. PANIAGUA PORRAS, Madri, 1930, págs. 128 e 129.

oportunidade, à medida que formos comentando os artigos seguintes.

82. No Brasil, o Cód. Criminal de 1830 estabeleceu, expressamente, no art. 65, a não-prescrição das penas.<sup>342</sup> O preceito foi mantido até o advento da República: realmente, o dec. n.º 774, de 20 de setembro de 1890, baixado pelo Governo Provisório menos de mês antes da promulgação do Cód. Penal, é que inaugurou, pelos arts. 4.º e 5.º, a prescrição da condenação, determinando-lhe os prazos, a data de início, o modo de interrupção.

Esse dec. n.º 774, como se sabe, é notável diploma liberal: abolia a pena de galés, reduzia ao máximo de 30 anos as penas perpétuas, mandava computar, na execução da pena, o tempo da prisão preventiva. A prescrição das penas, desconhecida, até então, no nosso direito, é uma das mostras do seu sentido liberal.

Quanto à prescrição da ação penal, já existia no Cód. de Proc. Criminal de 1832. Considerados os delitos do ponto de vista da sua afiançabilidade ou inafiançabilidade,<sup>343</sup> variavam, de acordo com esse critério, os prazos de prescrição, maior para os crimes inafiançáveis, menor para os afiançáveis. Isto posto, a circunstância da presença ou ausência do criminoso influía decisivamente para a fixação do prazo prescricional, e, mesmo, para o reconhecimento da prescrição. Assim, não corria prescrição para os crimes inafiançáveis, quando estivesse ausente o criminoso (art. 56); nem para os afiançáveis, quando ausente em lugar não sabido, ou no estrangeiro (art. 55). Nestes — os afiançáveis — ocorria prescrição somente quando, ausente embora o criminoso, estivesse em lugar sabido, dentro do país.

---

<sup>342</sup> Cód. Criminal, art. 65. As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum.

<sup>343</sup> Segundo o art. 101, eram inafiançáveis os crimes cujo máximo de pena fosse morte natural; galés; seis anos de prisão com trabalho; oito anos de prisão simples; 20 anos de degredo.

O requisito da presença no local de jurisdição criminal, se para os crimes inafiançáveis autorizava a decretação da prescrição depois de dez anos, em que aquela presença fosse ininterrupta, para os crimes afiançáveis servia de medida do prazo da prescrição, que era de seis anos, quando presente sem interrupção o criminoso, e de dez anos, na hipótese acima vista, da ausência, mas em lugar sabido, no território nacional.

Qual fora a intenção do legislador, inserindo tais condições, não seria fácil surpreender. Pareceu a LIMA DRUMOND que o Código, assim dispondo, consagrava, como fundamento da prescrição, a doutrina da presunção da negligência do poder público no exercício do direito de punir: entendera o legislador que as circunstâncias em apreço, “facilitando ou dificultando o exercício do direito de acusação, denotavam maior ou menor negligência nesse exercício”.<sup>344</sup>

Presente o acusado no foro do seu delito, ou ausente, mas em lugar conhecido, revelava-se menos justificada a inércia do poder público, em lhe formar o processo ou proferir a condenação. Fugir, portanto, não seria vantagem, porque o menos que acarretava era a não-prescrição da culpa; a não ser que o foragido deixasse conhecido o lugar em que demorava.

O mesmo pensamento em relação aos fundamentos da prescrição teria inspirado as normas seguintes sobre o instituto, constantes da lei n.º 261, de 3 de dezembro de 1841, e do reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842. Perduram, efetivamente, os requisitos da presença ou ausência do criminoso, predominando, até, sobre o critério da afiançabilidade ou inafiançabilidade dos delitos, por isso que o prazo da prescrição, agora, é um, — de 20 anos, — seja afiançável ou inafiançável o crime. O que impressiona o legislador é, sobretudo, a maior ou menor facilidade na punição do agente, dada a sua presença, ou ausência do lugar do processo. Descansa a prescrição, pois, na presumida negligência do poder público.

<sup>344</sup> In MORAIS COSTA e FRANCISCO DE MACEDO, ob. e ed. cit., pág. 91.



Essa lei de 1841 propunha-se a corrigir os malefícios que o liberalismo, dito excessivo, do Código de 1832 ocasionara à vida do país, no setor da justiça penal. A reação se opera, aliás, em toda a vida nacional, e disso oferece exemplo a legislação, principalmente a penal, através dessa lei de 3 de dezembro de 1841, e do seu regulamento criminal de 31 de janeiro de 1842. O partido conservador realizava, no poder, o que prometia, em tantos anos de ostracismo político: entrar as nossas tendências liberais, que lhe pareciam exageradas e perigosas, e de que o Código processual de 1832 fora, a seu ver, pernicioso modelo.

Explica-se, desse modo, a elevação para 20 anos do máximo do prazo da prescrição, que era, no Código anterior, de dez anos. Permanecem as hipóteses de crimes imprescritíveis; continua o requisito da presença do delinqüente para o reconhecimento da prescrição.<sup>345</sup>

Na conformidade da inspiração dos que a elaboraram, a lei n.º 261 aumentava, sobremodo, a escala dos crimes inafiançáveis, acrescentando, agora, à do Código de 1832, mais os delitos de conspiração, de resistência, de arrombamento em cadeia para fuga de preso, e de arrombamento ou assalto de prisão, para maltratar os presos (art. 38, n.º 1).

Além disso, eram excluídos do benefício da fiança os acusados que já uma vez a houvessem quebrado (art. 38, n.º 3), e os que, pronunciados por dois ou mais crimes, às penas impostas, consideradas em conjunto, iguaissem ou excedessem às do Código de 1832, ainda que, em separado, qualquer delas fosse menor (art. 38, n.º 2).

Cabe a citação, para a evidência de que, agravando o prazo máximo da prescrição, e alargando o número dos crimes inafiançáveis, inclusive, em dadas circunstâncias, crimes que,

---

<sup>345</sup> Prescreviam em 20 anos os crimes afiançáveis, quando os réus ausentes, fora do Império, ou dentro, em lugar não sabido (art. 32), e os crimes inafiançáveis, quando os réus ausentes em lugar sabido, dentro do Império (art. 33). Não prescreviam, em tempo algum, os delitos inafiançáveis, quando os réus ausentes fora do Império, ou dentro em lugar não sabido (art. 33 parte final) (lei n.º 261).

sem elas, seriam afiançáveis, a lei de 1841 envolveu em maior rigor, ainda, o instituto da prescrição.

O reg. n.º 120 abandona o prazo de 20 anos, como termo exclusivo da prescrição, como na lei n.º 261, para adotar, também, o prazo de seis anos, voltando, assim, à norma do Código de 1832. Nos crimes afiançáveis, a ausência do réu no estrangeiro, ou em lugar não sabido dentro do Império, implicava a exigência de 20 anos para a prescrição, tal como na lei; mas, se a ausência era em lugar sabido dentro do Império, a prescrição seria de dez anos, tal como no Código.<sup>346</sup> Estando presente o acusado, o prazo para a prescrição era o mesmo do Código processual, isto é, de seis anos, devendo, aqui como ali, ser ininterrupta a presença. Apenas, esclarecia o regulamento que a presença devia ser no termo judiciário em que o delinqüente residia ao tempo em que cometera o delito.<sup>347</sup>

Relativamente aos crimes inafiançáveis, adotou o regulamento três soluções, conciliando, por essa maneira, o disposto no Código processual e na lei de sua reforma, sem abandonar, contudo, o fundamento da prescrição, que, assim, ficou idêntico nos três diplomas legislativos. Prevalecendo o critério da permanência, ou da ausência do acusado, distinguuiu o regulamento a hipótese de presença ininterrupta, quando seria de dez anos a prescrição; e a hipótese de ausência, quando então seria de 20 anos a prescrição, se conhecido o lugar em que o réu estivesse, dentro do Império, não correndo prescrição se desconhecido o lugar, ou se ausente no estrangeiro o réu. Na primeira hipótese, a mesma norma do Código de 1832; na segunda, a mesma conclusão da lei de 1841.<sup>348</sup>

E, assim, continuou a prescrição na legislação brasileira, até o advento do regime republicano. O dec. n.º 774, de 20

<sup>346</sup> Art. 272, 2.ª parte, do regulamento; art. 32 da lei n.º 261; art. 272, *in fine*, do regulamento; art. 55, *in fine*, do Código.

<sup>347</sup> Art. 272, 1.ª parte, do regulamento; art. 55, 1.ª parte, do Código.

<sup>348</sup> Código, art. 56; lei n.º 261, art. 33; reg. n.º 120, art. 273.

de setembro de 1890, já citado, inovou no particular, como fez ver LIMA DRUMOND, porquanto, adotando, ainda, o critério da ausência do delinqüente no estrangeiro para alongar os prazos de prescrição, demonstrou aceitar, como fundamento desta, a pretendida negligência do poder público em exercer o seu direito de punir. Ressalte-se, todavia, como o fez aquele criminalista, que, em relação à presença no país, não mais cogitava o legislador das especificações de lugar *sabido* ou *não sabido*, que tanto deveriam ter entretido a atenção dos juizes imperiais. Aponte-se, ainda, como prenúncio dos novos moldes em que começava a aparecer o instituto, a discriminação dos prazos da prescrição com base no tempo da pena.<sup>349</sup>

O Código Penal de 1890 admitiu a prescrição da ação e a da pena, subordinando-as aos mesmos prazos. Conservou em 20 anos o máximo do prazo prescricional. Omitiu a circunstância da presença do delinqüente no território nacional. Esse critério, voltaria, porém, à legislação, oito anos depois, por via da lei n.º 515, de 3 de novembro de 1898, estabelecendo, no art. 14, a não-prescrição do crime de moeda falsa quando o réu domiciliado ou homiziado no estrangeiro, princípio que o dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, repetiria no art. 53, e o dec. n.º 4.811, de 29 de setembro de 1924, estenderia, pelo art. 3.º, aos crimes políticos definidos nos arts. 107 a 118 do Código.

O dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, corrigiu, em vários pontos, o Código, evitando as controvérsias que a sua aplicação, no capítulo da prescrição, vinha criando. Processando completa revisão nos prazos prescricionais, acrescentou alguns e modificou, em geral, os limites de tempo, salvo os dos prazos mínimo e máximo, que continuaram de um ano para as penas restritivas da liberdade até seis meses, e de 20 anos para as penas de igual natureza excedentes de 12 anos.

Os vários projetos, até a promulgação do Código, oferecem pontos de vista diversos, regulando a prescrição, quer

<sup>349</sup> MORAIS COSTA e FRANCISCO DE MACEDO, ob. e ed. cit., pág. 91.

quanto às suas regras, quer quanto aos seus prazos, refletindo, assim, critérios pessoais dos seus autores.

A circunstância da ausência no estrangeiro influa no prazo de prescrição fixado pelo projeto da Câmara dos Deputados, de 1899: a prescrição seria pelo mesmo tempo da pena imposta, quando estivesse o réu fora do país, e com abatimento de um terço, quando presente no território brasileiro (art. 78). Somente no projeto ALCÂNTARA MACHADO, que se transformou no Código, reapareceria a condição, determinando o aumento de metade dos prazos da prescrição, quando domiciliado ou homiziado no estrangeiro o agente dos crimes contra a personalidade do Estado e dos relativos à moeda, títulos de emissão privativa do poder público e marcas oficiais (art. 120, § 1.º).

Quanto ao modo por que o Código atual adotou o instituto e lhe regulou os prazos, reservamo-nos para a apreciação dos respectivos dispositivos.

83. Sobre outras questões, em torno da prescrição, não é pacífica a doutrina, nem se manifestam inteiramente acordes os Códigos.

A mais importante é a da não-prescrição de determinados crimes. Os romanos, como vimos, deram o exemplo. A prescrição era a regra, mas faziam exceção os delitos de apostasia, parto suposto e parricídio.

O direito brasileiro anterior conheceu, também, exceções: o crime de moeda falsa e crimes políticos, nas condições já expostas.

O Cód. Penal russo de 1926, fixando prazos curtos, entregava, todavia, completo arbítrio aos tribunais para recusarem a prescrição em cada caso de crime contra-revolucionário, dos previstos no art. 58. A natureza do delito — o mais grave dentre os compreendidos na legislação soviética — aconselhava tal medida, no interesse de defesa do regime comunista, suprema finalidade do sistema punitivo russo.

Estávamos, virtualmente, em face de infrações imprescritíveis, apenas não expressa na lei a exceção, mas condi-

cionada ao critério — ocasional e variável — dos juízes. Era à “consciência jurídico-socialista” do Tribunal, como lembra CUELLO CALÓN,<sup>350</sup> que caberia decidir, considerando, não o fato, mas o agente, “socialmente perigoso”, e negando, nesta hipótese, a prescrição.<sup>351</sup>

Imperativos políticos, também, inspiraram o Código italiano na adoção da imprescritibilidade de certos crimes, considerados graves. Faz ver JUAN P. RAMOS que FERRI, combatendo, em princípio, a prescrição, contemplou-a, contudo, no seu projeto.<sup>352</sup>

O teórico do direito penal cedia, lealmente, no seu ponto de vista, ao legislador, incumbido de uma tarefa por excelência impessoal, e que deve ser, sempre, quanto possível, o pensamento coletivo médio, em dado momento. Mas quando veio o Código, em 1930, já a missão a cumprir era outra, a específica de defesa do Estado fascista, e não a defesa social, fórmula sem dúvida vazia de sentido para os fanatizados apologistas da nova doutrina política. Não admira, portanto, que os crimes contra a personalidade do Estado fossem os mais graves, punidos com penas extremas, e imprescritíveis, tais a pena de morte e a pena de ergástulo. Esse rigor de punição, de que é consequência a não-prescrição do crime, *ex vi* do art. 157, alcança, também, crimes comuns, como, exemplifi-

---

<sup>350</sup> CUELLO CALÓN, *El Derecho Penal de Rusia Soviética*, Barcelona, 1931, pág. 102.

<sup>351</sup> Ainda assim, punível, o crime, não se aplicava o fuzilamento, que era, na própria expressão do Código soviético, “medida extraordinária de defesa social”, mas, em substituição, a pena de declaração de inimigo dos trabalhadores, concomitante com as penas de perda da cidadania russa e exílio perpétuo, ou privação da liberdade não inferior a dois anos (art. 14, inc. 1). Do mesmo arbitrio dispunham os tribunais em relação a indivíduos criminalmente responsáveis por fatos dirigidos diretamente ou por luta ativa contra a classe dos trabalhadores e contra o movimento revolucionário, executados durante o regime tzarista ou nos governos contra-revolucionários durante a guerra civil (art. 14, inc. 2). In CUELLO CALÓN, ob. e ed. acima citadas, pág. 122.

<sup>352</sup> JUAN P. RAMOS, ob., vol. e ed. cit., pág. 429, n.º 561.

cando, o de morticínios, o de epidemia, o de envenenamento de águas ou substâncias alimentares, de que resulte morte. A Comissão do projeto opinara, aliás, pela prescrição, como regra, sem exceção, restabelecendo-se, assim o sistema do Código ZANARDELLI. Não vingou a sugestão, por parecer que, mesmo afastada da época do crime, não perde a condenação a sua eficácia, seja como exemplo, seja para segurança pública.<sup>353</sup>

Também motivações políticas, servindo a objetivos opostos, porquanto de governos totalitários e de governos democráticos, renovam nos nossos dias, para uma viva notoriedade, o tema da não-prescrição em determinados crimes. Tudo, a bem dizer, começou quando as nações européias vítimas do hitlerismo na última grande guerra pressentiram que, pelas suas leis nacionais, numerosos delitos nazistas acabariam impunidos, graças ao efeito miraculoso da prescrição.

Partiu da República de Israel o rebate, através de lei, em 1950, decretando a imprescritibilidade, especialmente, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e dos crimes contra os judeus, todos configurados no primeiro artigo da mesma lei. Malgrado a iniciativa pioneira, bastante clara nas suas intenções, somente por volta de 1964, à véspera, portanto, de se consumar o segundo decênio do termo do domínio germânico — e não será para esquecermos a frequência com que aparece nos códigos o lapso prescricional de vinte anos — é que se avolumou o movimento legislativo.

JACQUES-BERNARD HERZOG, em cujo minudente estudo sobre essa legislação de emergência, com sintomas, todavia, duradouros, colhemos os dados aqui expostos, mostra como a maioria dos diplomas votados até 1965 visa diretamente à questão da prescrição dos crimes contra a humanidade, preferindo alguns poucos, como o da Bélgica, o da Áustria e o da República Federal da Alemanha, dispor em termos gené-

<sup>353</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., pág. 648, n.º 222.



ricos sobre infrações comuns, alcançando de través os crimes nazistas.

Naturalmente, em nenhum outro país como na Alemanha Ocidental revestiu o problema tamanha gravidade e tantas implicações de ordem política. A medida protelatória que então vingou — início do prazo da prescrição nos crimes punidos com reclusão perpétua a 31 de dezembro de 1949, quando fundada a República em substituição ao regime nazista, e não a 8 de maio de 1945, quando da derrota militar, imposta pelos exércitos aliados — não satisfaria, evidentemente, aos mais exigentes, sobretudo por significar um paliativo e não uma solução. Aproximando-se a data em que a prescrição retomaria, fatalmente, o seu curso, nasceu nos espíritos a perplexidade, até marchar a Alemanha, irremediavelmente, para a imprescritibilidade dos delitos do hitle-rismo, consagrada em lei de 1968.<sup>354</sup>

84. A opinião generalizada é que a prescrição da ação, como da pena, ocorre pelo simples lapso de tempo, independente de qualquer outra condição. Mesmo os que adotam, como fundamento do instituto, a presunção de emenda do delinqüente, descansam essa presunção no decurso do tempo sem a prática de nova infração penal. O que atesta a emenda é, dessarte, um elemento negativo, a ausência de atividade anti-social durante determinado prazo. Contra isso é que se manifestou GAROFALO, exigindo, como vimos, a substituição desse elemento negativo por um elemento *positivo*, isto é, a *prova* da regeneração moral do delinqüente. Revelou-se, portanto, partidário da *boa conduta*, plenamente verificada, como o requisito essencial da prescrição, passando o fator tempo a plano secundário.

---

<sup>354</sup> Ver J. B. HERZOG, *Étude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité*, *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*, 1965, n.º 2; VINCENZO PAGANO, *Codice Penale Tedesco*, Milão, 1967, pág. 46.

A argumentação guarda, ainda, oportunidade, visto que a tese da *boa conduta* continua, nos nossos dias, a despertar fervorosos defensores.

Talvez em nenhuma outra parte, como na Argentina, tenha a questão suscitado tão duradouro debate, e tão brilhante. Verdadeira insistência houve, por vezes, em incluir na legislação a condição da *boa conduta*, como básica do sistema da prescrição penal. Para o velho Código de 1887, a prescrição residia no mero transcurso de tempo, ainda que a pena fosse de morte (arts. 89 e 90); a reincidência, todavia, tornava sem efeito o favor, *ex vi* do art. 92, assim redigido: “Se antes de esgotado o prazo, comete o réu outro delito da mesma espécie, ou passível de pena igual ou maior, a prescrição fica sem efeito”.

Repare-se que a prática de outro crime operava a extinção da prescrição, o que denotava pesar, na hipótese, o comportamento do indivíduo, em cujo favor corria o prazo da prescrição. Aproveitaram-se da ressalva os organizadores do projeto argentino de 1891 e, chegando à última consequência, transformaram o instituto num prêmio ao criminoso, pela *boa conduta* durante determinado período, em que o Estado não exerceu, contra ele, o múnus punitivo. Assim, dispunha aquele projeto que a ação penal prescrevia pela *boa conduta* do acusado, durante os prazos prefixados, mais ou menos longos, conforme a maior ou menor duração das penas.

Na mesma orientação, apresentaram-se os autores do projeto de 1906, repetindo literalmente o preceito, tanto em relação à prescrição da ação, como à da pena, e justificando-o pelas seguintes razões: “Igualmente, e dentro dos propósitos fundamentais de justiça, de emenda do delinquente e de prevenção do delito, que inspiraram as inovações anteriores, a Comissão modificou, em relação à prescrição, o critério dominante no Código vigente. O exclusivo decurso de tempo não basta para que a sociedade fique desarmada diante de quem a ofendeu nos seus direitos fundamentais, como são todos os que se encontram amparados pelas leis penais”. E prosseguia a ilustre Comissão, que se contavam figuras como

RIVAROLA, GACITÚA e RAMOS MEJIA: “Que pode garantir, com efeito, o tempo transcorrido? Quando muito, a habilidade de o delinqüente para se subtrair à ação da justiça. E é isto acaso bastante para olvidar-se o delito e para que a sociedade se declare satisfeita? A sociedade pode e deve esquecer e perdoar as infrações antigas, porém somente quando o seu autor se tenha tornado credor dessa magnanimidade, e não pode nem deve declarar-se satisfeita senão quando o tempo decorrido tenha servido para a emenda do delinqüente e para a sua própria segurança. Uma vez que não vemos garantia de espécie alguma no simples transcurso de tempo, propomos, em seu lugar, como base da prescrição, a boa conduta do acusado ou condenado, o que, como insinuamos, consulta o tríplice propósito da justiça, da emenda do delinqüente e da prevenção dos delitos. Da justiça, porque, se ela aconselha o perdão de quem reparou a sua falta, mediante vida honesta e laboriosa, exige, em troca, o castigo de quem tem vivido burlando a sociedade e as suas leis. Da emenda do delinqüente e da prevenção dos delitos, porque a esperança do perdão estimula a boa conduta e evita novas faltas. Em suma, a sociedade não tem interesse em castigar a infração antiga, quando a conduta posterior do delinqüente lhe oferece garantias suficientes de que se afastou definitivamente do caminho do mal; neste caso, a pena não teria razão de ser, desde que, sem ela, se teria alcançado o que constitui um dos seus principais objetivos, isto é, a reforma do criminoso. Mas tem interesse, e grande, de evitar novos delitos, e precisa, então, por meio da pena, proporcionar ao criminoso a emenda que o tempo não logrou realizar. Daí, a necessidade de ser a boa conduta a base da prescrição”.<sup>355</sup>

A transcrição integral do convicto arrazoado visa a acentuar exatamente esse seu predicado, de que uma citação parcial não daria a justa impressão. Múltiplos motivos apareciam, assim, recomendando a prescrição como consequência do tempo e simultaneamente da boa conduta, ou, melhor dito,

<sup>355</sup> Ver edição oficial do Cód. Penal argentino, Buenos Aires, 1924, pág. 359.

da boa conduta e do tempo, combinados, e não do tempo só. Essa boa conduta, queria GACITÚA que fosse comprovada por dados positivos, coihidos no conhecimento do delinqüente e de sua vida e costumes durante o curso da prescrição.<sup>356</sup>

O pensamento e sugestão de GAROFALO encontram, pois, uma larga ressonância, deste lado, despertando as preferências e simpatias, principalmente da doutrina argentina, através de figuras suas das mais autorizadas. EUSÉBIO GÓMEZ reafirmava, com isso, a sua fidelidade ao positivismo penal, quando, a propósito, escrevia: "Devo ressaltar a minha opinião sobre a matéria. Não pode ser outra senão a da escola de que sou partidário, e, neste sentido, sustento, repetindo GAROFALO, que a prescrição da ação penal não é admissível senão quando o réu tenha provado com a sua conduta que não é um elemento anti-social, ou quando, por haver mudado as suas condições de existência, é de crer que o crime não tenha probabilidade de se repetir".<sup>357</sup>

Pela condição da boa conduta é, também, PECO, mas somente em se tratando de prescrição da pena. Seu modo de encarar a questão oferece, assim, certa originalidade, em meio dos pareceres, favoráveis ou desfavoráveis à prescrição condicionada pela conduta do beneficiário. É seu pensamento que, correndo a prescrição da ação, o que há é, apenas, um acusado, é bem verdade que sob processo, mas a cujo favor milita, até sentença em contrário, — como, de resto, a favor de qualquer pessoa, — a presunção de inocência. Não seria razoável falar, em tais circunstâncias, de uma ausência de perigosidade, como pressuposto da prescrição, o que não acontece quando a prescrição é da pena, porque já há, aqui, um *condenado*, por força de decisão definitiva, cuja execução só se tornaria desnecessária — pela evidência da ausência de perigosidade no agente, que se não submeteu à pena.<sup>358</sup>

<sup>356</sup> M. GACITÚA, ob. e ed. cit., pág. 405.

<sup>357</sup> EUSÉBIO GÓMEZ, *Doctrina Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, 1929, pág. 145.

<sup>358</sup> JOSÉ PECO, ob. e ed. cit., pág. 484.

Outro confronto encontradigo na sua obra é o do livramento condicional com a prescrição, em favor da boa conduta, para a prescrição, como é para o livramento condicional. A exigência de vários requisitos, inclusive o bom procedimento do detento, para a decretação da liberdade vigiada, contrasta com a ausência total de condições, nem mesmo a da boa conduta, para a decretação da prescrição, o que levaria a concluir que não padece dúvida a falta de perigosidade do delinqüente que logrou livrar-se da pena, enquanto é passível de dúvida a falta de perigosidade do que cumpriu, parcialmente, a pena que lhe foi imposta.<sup>359</sup>

Poder-se-ia objetar, vencendo a fascinação que exerce, em todos os espíritos, pela claridade da sua inteligência, o preclaro publicista, que aquela presunção de inocência, irrecusável a qualquer indivíduo, e também ao acusado de um delito, acabaria criando em favor deste a presunção de emenda, visto que, durante todo o tempo da inércia do poder público em promover ou executar a punição, não veio ele a praticar outra infração da lei penal.

As circunstâncias singulares, e variáveis em cada caso, que envolvem a sua vida clandestina, sem sacrifício de atividade possivelmente contida dentro das normas sociais de conduta, originam, sem dúvida, dificuldades para uma perfeita apreciação, por índice de rigorosa positividade, do comportamento social do foragido, proporcionando, assim, ensejo a erros, enganos, ou, tão-só, deficiências de julgamento, o que tudo importaria, afinal, injustiça, quando a sociedade é que deixou de agir no tempo próprio, como lhe era dever. Por evitar desses malefícios, que, sobre chocantes, seriam, de certo, mais sensíveis do que, mesmo, na hipótese, os da impunidade, contente-se o poder público em recolher a prova do comportamento, por forma indireta, presumindo-o bom, em vista da omissão de atos anti-sociais. Ao passo que, para conceder-se o livramento condicional, todos os elementos de

<sup>359</sup> JOSÉ PECO, in *Rev. Penal Argentina*, vol. 1.º, Buenos Aires, 1922, pág. 286.

apuração da conduta do beneficiando estão, por assim dizer, à mão, negativos ou positivos, favoráveis ou desfavoráveis, coletados e classificados, dia a dia, pela administração das prisões, numa assistência de todos os instantes a uma vida, cujo raio de ação se reduz ao território e à sociedade que as divisas de uma penitenciária encerram e enclausuram.<sup>360</sup>

Sujeito a uma disciplina, que muitas vezes nem lhe deixa ao espírito trégua para pensar no seu infortúnio, tem o presidiário, incontestavelmente, maiores obrigações para consigo e para com a sociedade, e, por isso mesmo, uma falta sua, por mais simples — a inobservância, apenas, de um dispositivo, regulamentar — repercute, sempre, com maior intensidade, e mais duradouramente. A outra, ao contrário, é uma vida que prossegue ao léu, sem freios de qualquer espécie, senão os morais, que, já uma feita, não foram embargo à prática do crime, e não é crível que o sejam agora, quando novas oportunidades para a liberdade de tudo fazer estão, sem dúvida, asseguradas pelo descaso do poder público em punir. Não será por outras razões que, no instituto da prescrição e no do livramento sob palavra, tem valor desigual a conduta do criminoso, fundamental neste caso, secundário naquele.

Citando ORTOLAN, para quem a prescrição não podia estar subordinada a nenhum outro requisito, senão o do tempo, porquanto não é uma graça, que a sociedade tivesse arbítrio em deferir ou negar, e, pois, com a liberdade de exigir o cumprimento de determinadas condições, anteriores ou posteriores à concessão, HERRERA argumenta, veementemente, em favor da prescrição independente de qualquer cláusula, in-

---

<sup>360</sup> Aliás, sobre a corrigibilidade do presidiário, são interessantes as dúvidas levantadas pelo Prof. MAGALHÃES DRUMOND (ob. e ed. cit., pág. 109): "Então, perguntava, é mesmo possível apurar-se uma melhoria de caráter num indivíduo preso, posto fora da influência das solicitações da luta pela vida, segregado das seduições da vida e dos seus perigos? É então possível saber-se que as resistências individuais aos pendoros próprios e às tentações do meio, em que a sociedade vive, aumentaram num homem cujos pendoros não têm ocasião de se revelar, num homem que o cumprimento mesmo da sentença isola dessas tentações?"



clusive a da boa conduta do foragido. “Pretender” — escreve ele — “fazer da prescrição um prêmio à conduta é pretender o absurdo; é pretender que o tempo, no seu curso, não modifique a sociedade, não apague as lembranças, não mude as necessidades, não crie novos interesses em choque com os antigos; é pretender que a sociedade se mantenha inalterável e como que petrificada, e que o tempo, que tudo renova no mundo físico e no mundo moral, que aplaca todas as dores e cicatriza todas as feridas, não a atinja sequer, e quando tudo marcha, ela permaneça imóvel, armada de todos os seus preconceitos, de todos os seus ódios, sem nada esquecer, disposta a ferir, sempre, aquele que, certa vez, transgrediu as suas leis”.<sup>361</sup>

Tal crítica, endereçada à conduta como base da prescrição, valia, entretanto, por justificativa total do instituto. Nela se apoiou a Comissão do projeto argentino de 1917, eliminando o requisito da boa conduta, de que resultou o Código de 1921 consagrar a prescrição pelo simples decurso de tempo, critério também seguido pelo projeto de 1937 e pelo de 1960 (SOLER).

Assim também decidiu o Código brasileiro, não obstante o ensaio de dois dos projetos anteriores, o de SÁ PEREIRA e o da Comissão Legislativa, que estabeleciam a prescrição irrestrita para os criminosos primários, e a prescrição subordinada ao requisito da boa conduta, concorrente com o do tempo, para os criminosos reincidentes e habituais, conforme o primeiro daqueles projetos (art. 155), ou criminosos por índole, reincidentes, incorrigíveis, ou profissionais, conforme o segundo projeto (art. 138, parág. único), que àquelas duas categorias de delinquentes acrescia essas outras. Na exposição de motivos sobre a parte geral do seu projeto, o saudoso desembargador SÁ PEREIRA justificava com as exigências da defesa social a condição imposta à prescrição, quando em

---

<sup>361</sup> JULIO HERRERA, *La Reforma Penal*, Buenos Aires, 1911, pág. 597.

favor de delinquentes não-primários.<sup>362</sup> Não vingou a tese, no Código atual.

85. Se a boa conduta não é requisito para a prescrição, muito menos será de admitir qualquer outro. “A prescrição, por sua natureza” — escreve ainda HERRERA — “não pode estar sujeita a condição alguma, a emenda, ou outra qualquer”.<sup>363</sup>

Com o mesmo parecer, GARRAUD criticava a legislação austriaca, por subordinar a prescrição às condições de não haver o delinquentes recolhido nenhum proveito do crime, de haver ressarcido, na medida do possível, o dano causado, e de não ter, durante o tempo fixado para a prescrição, cometido nenhum outro delito.<sup>364</sup>

A última circunstância é, via de regra, aceita, para o efeito de interromper o prazo. É o alvitre do Código brasileiro, que examinaremos no devido lugar. Aquelas condições poderiam, não obstante, prevalecer, como argumentava GARRAUD, caso o fundamento da prescrição fosse o presumido arrependimento do acusado. Efetivamente, a ausência de qualquer infração durante o período marcado para prescrever o crime seria elemento apreciável à averiguação da reforma moral do criminoso, principalmente se a ele se reunissem os dois outros requisitos, indicativos do propósito de se não beneficiar o agente, por qualquer forma, com o seu crime. Carecem, todavia, de importância tais circunstâncias, visto que a prescrição não é prêmio, nem graça, mas a consequência da “virtude extintiva do tempo”, a que se refere JIMÉNEZ DE ASÚA.

Entretanto, em matéria de restrições à prescrição, há alguma coisa interessante nos Códigos. O português, por exemplo, *ex vi* do art. 125, § 10, estabelece, para a prescrição

<sup>362</sup> Ambos os projetos brasileiros distinguiram a prescrição da ação e a prescrição da pena, e somente em relação a esta exigiam a boa conduta, quando a prescrição beneficiasse determinadas categorias de criminosos.

<sup>363</sup> JULIO HERRERA, ob. e ed. cit., pág. 596.

<sup>364</sup> GARRAUD, *Précis*, ed. cit., pág. 676, nota 1.

da pena, a obrigação de o beneficiado não morar na comarca em que o ofendido reside, ou, se este já não existe, o seu cônjuge sobrevivente, ascendentes ou descendentes, enquanto não decorrer tanto tempo quanto o fixado na lei para a prescrição.

Já era esse o sistema do Cód. de Instrução Criminal francês. Pelo seu art. 635, afora a proibição, imposta ao réu, de residir no lugar de domicílio da vítima ou de seus herdeiros diretos, ficava ao poder público a faculdade de lhe fixar o novo domicílio.

Também o Código belga, pelo art. 98, submetia, obrigatoriamente, à medida de vigilância especial da polícia pelo prazo de 20 anos, a contar da data da prescrição, o condenado à pena de morte, de trabalhos forçados ou de prisão perpétua.

Esse critério restritivo reaparece, nos nossos dias, no Código mexicano, cujo art. 117 determina que “os réus de homicídio intencional ou de ferimentos ou violência de natureza grave, aos quais houver sido imposta a proibição de freqüentar determinado lugar, e cuja pena corporal esteja prescrita, não poderão residir no lugar onde viva o ofendido, ou seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou irmãos, senão transcorrido, depois de consumada a prescrição, um tempo igual ao da pena”. Como se vê, o mesmo pensamento que ditou as normas dos velhos Códigos.

Aliás, o preceito belga desapareceu com a lei de defesa social de 1930, que eliminou a pena de vigilância policial do Código; justificava-se, todavia, segundo esclarecimento de Haus, porque, consistindo a vigilância especial da polícia na interdição ao condenado, depois de cumprida a pena principal, de freqüentar, durante certo período, um ou mais lugares determinados, é óbvio que a medida não podia ser imposta quando a condenação fosse a pena de morte ou a uma pena perpétua. E ocorrendo que essa pena ficasse prescrita, estaria de logo o condenado em liberdade absoluta, isto é, a salvo de qualquer embaraço na sua liberdade de ir e vir, em situação, pois, mais favorável do que o condenado a uma pena temporária, com o sobre peso da vigilância policial, cuja execução

a prescrição daquela pena não impedia, e começava, exatamente, da data da prescrição, *ex vi* do art. 97. Impunha-se, assim, uma advertência expressa, tal a do art. 93, como, pela mesma razão, existia a do art. 88, para os casos de comutação ou graça, em vez de prescrição, quando as consequências, não fora a ressalva, seriam as mesmas.<sup>365</sup>

O objetivo do legislador teria sido menos o de infligir um constrangimento ao réu de pena prescrita, do que o de igualar, em face da prescrição, a situação de condenados a penas de natureza diversa.

A medida adotada na legislação francesa alcançava, sem dúvida, efeitos ainda mais latos, o que teria levado GARRAUD a proclamar, no dispositivo em apreço — verdadeira medida de segurança contra o condenado cuja pena prescreveu — o merecimento de antecipação às críticas que a escola positiva levantou à prescrição, quando admitida sem distinção de delinquentes, perigosos, ou não.

Não há motivo para o constrangimento pessoal que os preceitos dos Códigos português e mexicano importam ao beneficiado pela prescrição. A índole do instituto repele essa cláusula, e os dois Códigos, mesmo, lhe recusam, implicitamente, legitimidade, quando, antes, atribuem à medida o caráter de instituto de ordem pública, prescindindo de provocação do interessado a sua decretação. O Código mexicano, então, contém noção formal; basta, para a prescrição, o simples transcurso do tempo fixado em lei (art. 101, 1.ª parte).

Cabe repetido neste passo, com toda propriedade, o reparo feito em relação às condições inicialmente mencionadas, de verificação anterior ao ato prescricional. Se a sociedade não toma ao acusado as contas do seu procedimento, quando, pela prescrição, o isenta de pena, lícito não lhe será impor, para depois da prescrição, a observância de qualquer condição, muito menos essa que, restringindo, sensivelmente, e durante

---

<sup>365</sup> HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 279, n.º 1.033; GOEDSELS, ob. e ed. cit., pág. 191, n.º 719; NYPELS-SERVAIS, ob., vol. e ed. cit., pág. 406.

largo tempo a liberdade do beneficiado, como que ainda o traz sob coação, virtual embora, mas, em todo caso, coação, que, de certa maneira, produziria os mesmos efeitos que uma ação ou uma pena ainda não prescritas. Se circunstâncias especiais do crime, cuja pena está a prescrever, aconselham a medida de afastar o agente do local de domicílio da sua vítima, ou dos parentes próximos, dois serão os objetivos com isso visados: garantir o ofendido, ou os seus parentes, de novo agravo, por parte do agente, ou a este garantir, contra possíveis atitudes de represália daqueles. Um ou outro, ou, ao mesmo tempo, ambos os objetivos. De qualquer sorte, está o poder público admitindo não tenham desaparecido de todo a memória e os ressentimentos do fato, que, apenas adormecidos, se reanimariam com a presença do criminoso, assim como lembrança viva e incessante de um passado, aparentemente morto. Dessarte, é a própria sociedade que está negando ao tempo a virtude de fazer olvidadas as coisas e as ações, perdoadas as afrontas, como os benefícios são tanta vez esquecidos. Chegaríamos, por aí, à conclusão de que, nos Códigos português e mexicano, o fundamento da prescrição não é esse, mas o da presumida emenda do delinquente, embora não seja condição precípua a boa conduta, durante o correr do prazo.

Aquela restrição de residência, freqüente entre os Códigos modernos, como medida de segurança para delinquentes perigosos, seria, assim, curial, se houvesse o legislador instituído, para hipóteses tais, o perdão, em vez da prescrição. Culpando-se da própria negligência em exercitar o poder punitivo, a sociedade ofereceria ao criminoso o perdão, clausulado, porém, com a proibição do domicílio em determinado ou determinados lugares. Quem perdoa pode marcar, ao seu talante, condição ou restrição.

Dir-se-á que a medida de segurança, atualíssima, do exílio local, consuma igual constrangimento, e conduz às mesmas conseqüências. Mas as situações são, inegavelmente, diversas, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista político. É da noção mesma da medida de segurança o

coarctar a liberdade individual, mas em porção estritamente necessária à defesa social, e na medida exata da perigosidade do agente, que é o seu pressuposto. Buscando extinguir, no delinqüente, o estado perigoso, ou anular-lhe os efeitos nocivos à sociedade, é medida, por excelência, indeterminada no tempo, o que vale dizer que, condicionada, embora, a algum mínimo, não ultrapassa em duração e intensidade ao indispensável àquela defesa. Haja vista a regra geral do nosso Código, constante do art. 81, de que a medida de segurança não se revoga, enquanto não se verificar, mediante exame, que cessou a perigosidade do indivíduo, podendo esse exame ser realizado, em qualquer tempo, e, obrigatoriamente, ao fim do prazo mínimo fixado em lei para a medida em espécie, ou, depois desse prazo, anualmente.

Tudo, enfim, revela apreço pelas garantias da liberdade individual, sem prejuízo do cuidado pela perfeita eficácia da defesa social.

As providências restritivas dos Códigos mexicano e português, ao contrário, não participam do caráter, nem da finalidade de medida de segurança: são ambas imperativas, em vez de facultativas, alcançando, assim, em princípio, todos os réus de crimes cujas penas prescreveram, e não somente os considerados perigosos. Ainda o Código mexicano limita a restrição aos condenados por crimes de homicídio intencional ou de ferimentos ou violências de natureza grave, sinal de que presume, em delinqüentes tais, a perigosidade. O Código português, entretanto, estende a todos os criminosos a interdição de residência, nas circunstâncias vistas, o que significa que presume perigosos todos os delinqüentes, cujas penas prescreveram. . .

Além do mais, a proibição perdura por tempo rigidamente prefixado em lei, qual, no Código português, o lapso exigido para a prescrição da pena e, no Código mexicano, o lapso assinalado à pena.

Assim, pelo último, o máximo da pena de homicídio qualificado, por exemplo, é 20 anos de prisão (art. 320). A prescrição, *ex vi* do art. 113, não excederia, no caso, de 15 anos.



Quinze anos, sem que a condenação naquele máximo houvesse sido executada, acarretariam, pois, a prescrição; mas o agente ficaria, da data da prescrição, proibido de frequentar determinado lugar durante 20 anos, mais do que o tempo reputado por lei suficiente para que a pena estivesse prescrita. Em suma: 15 anos de prescrição em curso, sobre o condenado pesando a ameaça de, a qualquer momento, ser executada a pena; e mais 20 anos de interdição de residência, depois da prescrição, somam 35 anos vividos sob constrangimento da justiça. O constrangimento da pena, é verdade que maior, não duraria, porém, mais de 20 anos, e, ainda assim, se aplicada, no máximo, a sanção legal.

Vê-se da longa explanação do assunto, pela análise dos seus vários aspectos, o acerto do legislador brasileiro, adotando o instituto da prescrição, sem restrição de qualquer espécie.

86. O legislador considerou dispensável qualquer referência à decretabilidade de ofício da prescrição penal. Ou teria entendido tratar-se de norma processual. Com efeito, o Cód. de Processo, de data posterior, determina ao juiz criminal declarar de ofício extinta a punibilidade, quando o reconhecer. Assim estabelecendo, não especificou causas de extinção, o que importa a validade do mandamento para todos os casos, a prescrição, inclusive, a prescrição, principalmente.<sup>366</sup>

Contemplando no seu texto tal preceito, não ficaria, entretanto, isolado o nosso Cód. Penal, pois o mexicano, o uruguaio, entre os modernos, o português, o chileno, entre os do século passado, contêm disposição expressa a respeito.<sup>367</sup>

<sup>366</sup> Cód. do Proc. Penal brasileiro, art. 61: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício".

<sup>367</sup> Código mexicano, art. 101, 2.<sup>a</sup> parte: "A prescrição produzirá efeito ainda que não a alegue como exceção o acusado. Os juizes a declararão de ofício em qualquer hipótese, assim tenham conhecimento dela, e qualquer que seja o estado do processo". Código uruguaio, art. 124: "A prescrição será declarada de ofício, mesmo

E, ainda sem essa companhia, nada teria inovado no direito brasileiro, porquanto o Código de 1890, no seu art. 82, incumbia o juiz de pronunciar, *ex officio*, a prescrição, embora não alegada.<sup>368</sup> Não faria falta o preceito, ao ver do ministro COSTA E SILVA, tanto ele corresponde ao caráter mesmo do instituto, de que é consequência “lógica e natural”.<sup>369</sup>

Nem foi diverso o pensamento, ao tempo da vigência do Cód. de Proc. Criminal de 1832. Silenciando sobre o reconhecimento da prescrição pelo juiz, *sponte sua*, a isso, não obstante, conduzia, por forma indireta, *ex vi* de alguns dispositivos esparsos, entre os quais o do art. 147, ordenando a formação da culpa, *enquanto não prescrevesse o delito*.<sup>370</sup> Se a prescrição do crime obstava à acusação, como aceitar que o juiz, presidindo ao sumário, e verificando o entrave irremovível à ação, consentisse começarem ou prosseguirem os atos processuais, somente legítimos, enquanto o crime não prescrevesse, como assentado iniludivelmente na lei?<sup>371</sup> A

<sup>368</sup> Consolidação, art. 82: “A prescrição, embora não alegada, deve ser pronunciada *ex officio*”.

<sup>369</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 409.

<sup>370</sup> PAULA PESSOA, *Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil*, Rio de Janeiro, 1899, pág. 188, n.º 1.048. Comentava o insigne processualista: “Em vista do modo claro por que está concebido este artigo (art. 147), não há dúvida de que o juiz deve julgar *ex officio* a prescrição...”

<sup>371</sup> Considerando-se bem tal inação, incorreria ela, sem dúvida, em sanção penal, como crime funcional, visto que o Código de 1830 punia quem por *negligência, omissão*, etc., *deixasse de cumprir ou de fazer cumprir exatamente qualquer lei ou regulamento* (arts. 153 e 154) ou, pela mesma forma, julgasse ou *procedesse contra lei expressa* (art. 160). Que dizer de quem, inobservando o ordenamento

---

que o réu não a tenha alegado”. Código português, art. 125: “Todo o procedimento criminal e toda a pena acaba não só nos casos previstos no art. 6.º, mas também: 2.º, pela prescrição, embora não seja alegada pelo réu”. Código chileno, art. 102: “A prescrição será declarada de ofício pelo juiz, mesmo que o réu não a alegue, mas contanto que não esteja ausente do foro da culpa”.

doutrina que recomendasse a inação do juiz em face do fato consumado, só porque a prescrição não fora alegada, redundaria em desprestígio da justiça, com o admitir que pudesse ou devesse ela formar a culpa ao criminoso, por um crime que sabia prescrito, e, pois, insuscetível de punição. A declaração de ofício da prescrição era, assim, consequência inevitável do princípio consagrado naquele art. 147, repetido, adiante, nos arts. 149 e 329 do mesmo Código processual.

A prescrição criminal atende, primordialmente, ao interesse social. Não há, por isso, esperar que a requeira o acusado ou condenado. Não é favor ao indivíduo, mas medida de ordem pública.<sup>372</sup> Como tal, independe de provocação do beneficiário, e pode ser, até, decretada à sua revelia, ou, mesmo, contra a sua vontade, no que se distingue, substancialmente, da prescrição civil, conforme acentuado em todos os tratadistas. Deve alegá-la, por si, o Ministério Público, deve declará-la, espontaneamente, o juiz. Assim agindo o Ministério Público, não é como se tomasse a seu cargo a defesa do acusado, mas em fiscalização, que lhe cumpre, da fiel observância da lei. Já o deixara evidenciado um aviso de 1865, atribuindo ao promotor público o dever funcional de invocar a prescrição, como um impedimento legal ao exercício ou prosseguimento da ação, o mesmo dever assistindo, e pelo mesmo motivo, ao juiz, porquanto seria ilegítima a pena que aplicasse, por um

---

<sup>372</sup> A prescrição é matéria que supera qualquer outra no processo: “mérito, responsabilidade, prazo de recurso, justiça ou injustiça de pena aplicada, tudo se esfuma e se dilui diante da punibilidade do apelante, extinta pela prescrição”, afirmou o Des. ADELMAR TAVARES, como relator do ac. de 26-2-51, da 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Revista Forense*, 1952, volume 141, pág. 423). Em igual sentido, o ac. de 6-9-51, do mesmo relator, na mesma Câmara, indicado em *Jurisprudência Criminal Resumida*, *Revista Forense*, 1952, vol. 139, pág. 399.

---

legal claríssimo de que há lugar para a formação da culpa, *enquanto o crime não prescreve*, consentisse, entretanto, o processo por crime que soubesse prescrito?

crime já prescrito, acarretando, com isso, a nulidade da própria sentença.<sup>373</sup>

Acontecendo, porém, que o juiz sumariante ou julgador não tenha percebido prescrito o crime, na hipótese de estar, sem nenhuma dúvida; ou que, a seu critério, não o entenda prescrito, em hipótese passível, realmente, de dúvida, ao réu cabe intervir, com as suas razões. Não precisaria, para isso, de autorização do Código, porque decorrente a sua iniciativa dos princípios de ampla garantia de defesa, processual ou extraprocessual, e corolário, por outro lado, da natureza da prescrição.

O Cód. de Proc. Penal prevê a ocorrência, e cria, para sua solução, um rito próprio: o juiz mandará autuar em separado o requerimento, ouvirá a parte contrária, abrirá, para prova, caso lhe pareça conveniente, um prazo de cinco dias, e, dentro de mais cinco dias, proferirá a decisão. Pode, entretanto, reservar-se para apreciar a matéria na sentença final na causa.<sup>374</sup>

Isto posto, não somente ao interessado direto, mas a qualquer cidadão, a cujo conhecimento tenha chegado a prescrição, devia ser reconhecida a faculdade de requerer a

---

<sup>373</sup> PAULA PESSOA, *Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Brasil*, Rio de Janeiro, 1899, pág. 326, n.º 1.984.

<sup>374</sup> Cód. de Proc. Penal brasileiro, art. 61, parág. único. Essa permissão ao juiz para adiar o decreto da prescrição merece reparo, pelo embaraço que pode criar à liberdade individual. Tempos depois, reapreciada, com a sentença final na causa, a matéria da prescrição, levantada oportunamente, e verificado que desde então estava o crime prescrito, como justificar a tarefa realizada, com gasto de tempo, esforços inúteis, e constrangimentos escusáveis ao acusado, às testemunhas etc.? A natureza da prescrição, de que provém, como vimos, a declaração de ofício, exclui a possibilidade de protelar-se o seu conhecimento, para a posterior afirmativa ou negativa da sua existência. Não ocorrendo a exceção, ou minguando elementos para o seu reconhecimento, o caso é para indeferir. Recorra o interessado, como lhe permite o n.º 9 do art. 581 do Cód. Processual. Ou insista, quando puder, no pedido, com melhores razões, ou esclarecimentos. De modo que, continuando o processo, não haja dúvida sobre a não-

sua decretação. No Brasil, essa extensão de poderes não estaria em desacordo com o espírito do regime político, e até se ajustaria à sistemática penal e processual. Participa o cidadão das atividades judicantes, em qualquer dos seus modos, a instrução ou o julgamento. Provoca, mediante informação circunstanciada, a iniciativa do Ministério Público, na repressão dos crimes de ação pública. Leva à autoridade policial, mesmo verbalmente, a notícia do crime, sobre que, em sendo procedente, se instaura o inquérito. Prende o criminoso em flagrante. Impetra *habeas corpus*, requer o benefício da graça, em favor de outrem. É juiz dos seus pares, pelos delitos que praticam. Por que não haverá de invocar, quando for o caso de pedido, a prescrição da ação ou da pena? <sup>375</sup> Dir-se-á que

---

<sup>375</sup> O Cód. de Proc. Penal exclui essa faculdade, quando no parágrafo único do art. 61 se reporta a “requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu”, para a extinção da punibilidade.

---

-prescrição, atestada, pelo menos, até prova em contrário. Palpita-nos, aliás, que a prática trará sem delonga a solução. Da decisão que transfere o exame da matéria, não cabendo recurso em sentido estrito, somente admissível na hipótese de indeferimento do pedido, ou na de decretação da prescrição (art. 581, ns. 9 e 8), ficará o prejudicado desapercibido de meios ordinários para promover o reconhecimento, sem tardança, da prescrição. Será certo, então, socorrer-se do *habeas corpus*, com êxito ou sem êxito, mas, em todo caso, provocando pronunciamento imediato. Pelo art. 648 do Cód. de Proc. Penal considera-se ilegal a coação, determinando *habeas corpus*, na forma do art. 647, quando estiver extinta a punibilidade (art. 648, n.º 7). Apenas se exigiria que a causa de extinção fosse evidente, embora assim não houvesse parecido ao juiz inferior. O Tribunal de Apelação de São Paulo, num caso de extinção de punibilidade por inexistência do crime em face do novo Código, admitiu como recurso hábil o de *habeas corpus*, “em face da combinação dos arts. 648, n.º 7, do Cód. de Proc. Penal, e 103, n.º 3, do Cód. Penal” (*sic*). In *Revista Forense*, 1942, vol. 90, pág. 817. Ver decisão do mesmo Tribunal, de maio de 1942, insistindo, porém, pela interposição do recurso *stricto sensu*, de preferência ao *habeas corpus* In *Arg. Judiciário*, vol. 63, fasc. 4.º, pág. 281. As decisões em apreço não descem a pormenores de cada caso, impossibilitando, assim, apreciação segura sobre a hipótese em que o *habeas corpus* não pode, ou não deve substituir o recurso ordinário.

o pode fazer, porque, assistindo-lhe o recurso do *habeas corpus*, para que cesse a coação ilegal contra alguém, uma das hipóteses para o recurso é a da extinção da punibilidade.<sup>376</sup> Mas a faculdade lhe deveria ser reconhecida formalmente pelas vias ordinárias, corolário das suas prerrogativas políticas, consequência justa da natureza e finalidade da prescrição.

Também não importa à decretação da prescrição que o criminoso esteja, no momento, presente ou ausente. Vimos que, no direito imperial, essa circunstância influía para a fixação dos prazos prescricionais, e subsistiu, de certo modo, no direito republicano, ocasionando a imprescritibilidade de alguns crimes. A condição, todavia, não é razoável, dado, exatamente, o caráter de instituto de ordem pública, assinalado à prescrição. Se a sua decretação se faz de ofício, por que subordiná-la ao requisito da presença do acusado, quando não é requisito a solicitação prévia de sua parte?

Argumenta-se que a declarabilidade de ofício da prescrição resulta do interesse social que preside à instituição, e, assim, esse interesse pode deixar de existir, ou existir em determinada medida, conforme circunstâncias que a lei preveja, como, por exemplo, a de andar foragido o delinqüente. Repugna a outros que, revelando o acusado, com a sua fuga, um desprezo maior pela ação punitiva do poder público, possa

---

<sup>376</sup> Os tribunais continuam conhecendo de *habeas corpus* para a decretação da prescrição, ou qualquer outra forma extintiva de punibilidade: ver ac. de 8-5-51, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; ac. de 17-7-51, do Supremo Tribunal Federal; ac. de 23-8-51, da 3.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal; e ac. de 4-3-53, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*Revista Forense*, respectivamente, vol. 148, pág. 421; vol. 139, pág. 341; vol. 139, *Jurisprudência Criminal Resumida*, pág. 399; e vol. 150, pág. 460). Para o tribunal mineiro, o essencial é que seja "induvível e certa a existência da causa legal de apagamento da pena", e a causa ocorrente era a de casamento da ofendida com o autor do delito. O tribunal gaúcho, por sua vez, determinou se comunicasse ao juiz do processo, para os devidos fins, a concessão do *habeas corpus*, por efeito de prescrição.



a essa ação escapar, afinal, pelo reconhecimento da prescrição a seu favor. Por isso, talvez, é que o Código chileno (art. 102), admitindo a decretação independente de pedido, torna-a, contudo, dependente da presença do réu no foro da culpa.<sup>377</sup> A exigência encontra, também, apoio em parte da jurisprudência argentina; mas, acentua JUAN P. RAMOS, a orientação contrária, seguida por outros tribunais, é que corresponde à natureza da prescrição, constituindo, por isso mesmo, exceção ao princípio vigente no processo penal argentino de que o foragido não pode movimentar a ação penal, nem mesmo através de defensor que tenha nomeado. Não se trata — são alegações suas — de pedir o delinqüente a prescrição e lhe ser reconhecido esse direito; o caso é de fazer o delinqüente conhecida do Tribunal, por qualquer meio, a prescrição, e, como esta é de ordem pública, a sua decretação é compulsória.<sup>378</sup> Pouco importa esteja o acusado presente ou ausente. Não há negar procedência a tais considerações.

Não obstante reconhecida de ofício, hesita-se, às vezes, sobre o momento adequado à decretação da prescrição. Em havendo sentença condenatória definitiva, o juízo privativo das execuções criminais é o competente para a espécie, e não o juízo da ação, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em sentido contrário manifestou-se o Tribunal de Justiça da Guanabara, por entender que “na fase administrativa da execução criminal, não cabem questões contenciosas referentes à ação penal”. Tratando-se de acusado absolvido, que não recorreu da sentença, fazendo-o, entretanto, o Ministério Público, transfere-se a apreciação da prescrição para a segunda instância, consoante o aceitou o Tribunal de Alçada de São Paulo. Nos autos de conflito de jurisdição, onde, obviamente, não se fez menção do episódio da prescrição, deliberou o Supremo Tribunal conceder *habeas*

<sup>377</sup> Não satisfeito, ainda, o Código chileno aumenta o prazo da prescrição da ação ou da pena, quando ausente no estrangeiro o réu, devendo contar-se por um dia cada dois dias de ausência, para efeito do cômputo de anos (art. 100).

<sup>378</sup> JUAN P. RAMOS, ob., vol. e ed. cit., pág. 432, n.º 566.

*corpus*, para proclamá-la, ainda que houvesse dirimido a dúvida objeto estrito do conflito. <sup>379</sup>

87. Em consequência, ainda, do caráter do instituto, ao acusado não é lícito renunciar aos seus efeitos, que se operam de pleno direito. Como observa o nosso João MENDES, a prescrição criminal não é uma *exceção*, como a prescrição cível, mas um *modo político* de extinção das ações, “criado mais no interesse da sociedade do que no interesse do indivíduo”. Por isso, porque fundada no “desaparecimento da razão de utilidade social que legitima o direito de punir”, a prescrição criminal é irrenunciável pelo beneficiado. <sup>380</sup>

88. A lei da época do crime é a que rege a prescrição, e lhe regula o prazo. Pode acontecer que a lei subsequente melhore, no particular, a situação do acusado, seja tornando prescritível a infração dantes imprescritível, seja reduzindo o prazo, ou atenuando condições da prescrição. Neste caso, é a lei nova que vigora, pelo princípio da sua retroatividade, quando mais benigna. <sup>381</sup>

O Código de 1890 previa duas hipóteses de aplicação retroativa da lei; quando não mais encarava como criminoso o fato e quando o punia com pena menos rigorosa. Sendo, como é, de extinção da punibilidade a primeira hipótese, não havia cogitar da prescrição. Relativamente à segunda, desde que a inovação da lei consistia em punição menos rigorosa, é

---

<sup>379</sup> Ver, respectivamente: *Diário da Justiça* (Brasília) de 6-3-68; *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. 13; *Justitia*, n.º 18; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 43.

<sup>380</sup> João MENDES, *ob.*, vol. e ed. *cits.*, pág. 510; CARRARA, *Programme du Cours de Droit Criminel fait à l'Université de Pise*, parte geral, trad. de PAUL BARET, Paris, 1876, pág. 288.

<sup>381</sup> A lei da época do crime, se mais favorável ao réu, é a que rege a prescrição e lhe regula o prazo: unânimes acórdãos da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, de 31-10-49, e das Câmaras Reunidas do mesmo Tribunal, de 14-7-50, sendo relator de ambos o desembargador ANTÔNIO BENSABATH. In *Rev. dos Tribunais*, Bahia, vols. 41, pág. 248, e 42, pág. 85.

claro que a prescrição, como consequência necessária, passava a existir e a correr, em função da nova pena. Não seria realmente de admitir que, passível o fato de pena menos severa, quanto ao tempo, por exemplo, prevalecesse, contudo, a prescrição peculiar à pena antiga, desaparecida, já. Ainda a lei ulterior mudando, para melhor, a qualidade, ou sistema da pena, certo é, também que a prescrição acompanhasse a modificação operada, porque não se compreenderia um crime punido, agora, com outra pena, a que teriam de se ajustar os processos em andamento, ou as condenações decretadas por crimes da mesma natureza, anteriormente cometidos, e se continuasse, entretanto, a observar e contar a prescrição, em razão da pena substituída.

A questão não era, porém, tão simples quando a lei, conservando, embora, a criminalidade do fato, e mantendo a pena, em espécie e duração, encurtava o prazo da prescrição, ou tornava prescritível a ação ou a pena. Em falta, como vimos, de referência expressa do Código, sempre se atribuiu efeito retroativo à lei que tal dispusesse. Era a aplicação perfeita do princípio da retroatividade das normas penais que beneficiem o acusado. Entre os modos de beneficiar, está, sem nenhuma dúvida, a diminuição do lapso prescricional, como também a declaração de prescritibilidade do crime.<sup>382 - 383</sup>

Esse pensamento, fortaleceu-o, ainda mais, a Constituição de 1934, quando levou o preceito ao capítulo das garantias

---

<sup>382</sup> No seu dicionário de jurisprudência penal, verbete *retroatividade*, PIRACIDE insere duas decisões nesse sentido, em épocas distanciadas, uma, do Superior Tribunal de Justiça de Goiás, em 1906, afirmando que “o princípio da não-retroatividade das leis penais deve ser entendido não só quanto à aplicação da pena, como também quanto às causas extintivas da pena e especialmente da prescrição”, e outra, do Supremo Tribunal Federal, em 1927, dispondo que o preceito de retroatividade da lei penal, quando favorável ao réu, se aplica, quer à determinação do delito, quer aos institutos por ela regulados, como a fiança e a prescrição. In VICENTE PIRACIDE, ob. e ed. cit., vol. 2.º, pág. 45, n.º 2.537; pág. 46, n.º 2.540.

<sup>383</sup> Outro modo é o do início do lapso prescricional, como acentuado em decisão do Supremo Tribunal Federal, através do confronto

individuais, enunciando-o por uma fórmula genérica, destinada a abranger todo e qualquer meio por que a lei penal favorecesse o acusado. Se a Carta Constitucional de 1937 preferiu a fórmula restrita,<sup>384</sup> o Código, em boa hora, restabeleceu a retroatividade na sua mais lata compreensão, *ex vi* do art. 2.º e parág. único, dispondo aquele que ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, e declarando o parágrafo que a lei posterior *que de outro modo favorece o agente* se aplica ao fato não definitivamente julgado. Apenas, naquele caso, como está dito, a retroação se realiza mesmo depois do julgamento definitivo.

A Constituição Federal de 1946 voltou ao preceito claro de 1934. Infelizmente, a carta de 24 de janeiro de 1967 preferiu fórmula inusitada e, por cúmulo, equívoca, a saber: "A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu."<sup>385</sup>

Como se vê, conjugam-se no inciso, sem nenhuma vantagem para o seu entendimento, três máximas, a do contraditório penal, a da legalidade dos crimes e das penas e a da retroatividade penal benigna, dantes enunciadas isoladamente. Vinculado o princípio da retroatividade ao da legalidade, como simples exceção dele, e dado que o novo contexto

---

<sup>384</sup> Texto de 1934: art. 113, n.º 27. A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu. Texto de 1937: art. 122, n.º 13. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores.

<sup>385</sup> Art. 150, n.º 16.

---

entre a antiga Consolidação Penal e o Código vigente. Estabelecendo este, com efeito, que o prazo de prescrição no crime de bigamia se conta *da data em que o fato se tornou conhecido* (art. 111, letra d), revela-se mais favorável a legislação antecedente, desde que mandava contar da data do crime, sendo preferida, por isso, ao Código pela regra de que a norma aplicável é, sempre, a do tempo da infração, quando mais benigna (ac. de 31-8-51, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, *in Revista Forense*, 1952, vol. 144, pág. 407).

se reporta, especificamente, a *crime* e a *pena*, não faltarão, talvez, exegetas propensos aos critérios rigoristas que afiancem excluído de aplicação retroativa tudo que se relacione, embora favoravelmente, com a prescrição. Reforça o raciocínio a evidência do confronto do presente ordenamento com o da constituição substituída, de que a lei penal só retroagiria quando beneficiasse o réu, fórmula ampla que consagrava, por sinal, o que já o código estipulara.

Variam, na doutrina, as opiniões sobre a aplicação da lei nova, em matéria de prescrição. Classifica-as GARRAUD em quatro tipos. Há os autores que pensam que deve prevalecer, sempre, a lei antiga; e os que, por outro lado, preconizam a lei nova, sempre. São as soluções extremadas. Outros sustentam a aplicação da lei que for mais favorável. E há, ainda, quem defenda a aplicação das duas leis, como MERLIM. São as soluções intermédias.<sup>386</sup> O ponto de vista de MERLIM teve o apoio da Corte de Cassação francesa: consistia em tomar o tempo decorrido na vigência da primeira lei, o decorrido na vigência da segunda, armar com esses termos uma regra, cujo resultado marcaria o prazo ainda necessário para a prescrição. É um sistema arbitrário, contra que se levantariam as regras assentes da retroatividade em geral, que impedem a observância combinada das duas leis, sucessivamente vigorantes, porque seria o juiz criar, para aplicação, uma terceira lei, avocando, assim, funções de legislar, que lhe são vedadas.<sup>387</sup>

A jurisprudência francesa acabou repelindo a sugestão de MERLIM, para adotar o princípio de que na colisão de duas leis, regulando a prescrição, deve vingar a lei que beneficia o acusado.<sup>388</sup>

<sup>386</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. 1.º, 3.ª ed., Paris, 1913, pág. 339.

<sup>387</sup> De tal conclusão discorda J. FREDERICO MARQUES: se ao juiz é lícito escolher o *todo*, para que o réu tenha o tratamento penal mais favorável, “nada há que lhe obste seleccionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepor-se a pruridos de lógica formal” (ob. cit., vol. 1.º, 1954, pág. 192).

<sup>388</sup> MANGIN, ob. e ed. cit., vol. 2.º, pág. 118.

Os adversários desse sistema, que reúne, aliás, as preferências gerais, costumam argumentar com o caráter de ordem pública do instituto da prescrição. Se, no caso, o interesse social predomina, como se reconhece, não há considerar, dizem, o interesse individual, para, em atenção a ele, decretar-se a retroatividade de uma norma de ordem pública, que, como tal, deve ter aplicação compulsória, amenize ou agrave a condição do acusado. Ademais, se a prescrição assenta no interesse público, tanto que deve ser proclamada independente de solicitação do beneficiário, e não pode ser renunciada, a presunção é que a lei nova corresponde às exigências e interesses da sociedade, por isso que alterou a lei existente, e tudo está a indicar que alteração se fez para melhor. Era esta a opinião de Haus, exposta em palavras que merecem transcritas, em sua totalidade: “Mas a lei nova deve retroagir ainda que aumente o prazo da prescrição estabelecido pela lei antiga. A prescrição em matéria repressiva não é favor aos condenados; funda-se em considerações de justiça e de interesse social. Se, pois, tais considerações determinam ao legislador decretar uma prescrição mais longa, a lei que a sanciona deve ter aplicação, imediata e indistintamente; tanto mais que o condenado não tem direito adquirido à prescrição regulada pela lei do tempo da condenação. Com efeito, longe de lhe conferir algum direito, a sentença penal lhe impõe a obrigação de cumprir a pena cominada, investindo a sociedade no direito de executá-la; e este direito da sociedade subsiste, por tanto tempo quanto a ela pareça necessário e útil exercê-lo”.<sup>389</sup>

Pelas mesmas razões, retroagia, a seu ver, a lei que encurtasse os prazos da prescrição. Mas, o interessante é que este princípio obrigatório de retroatividade, não o sustenta o velho tratadista, no caso de lei nova que mude a natureza da pena; aqui, posto que menos severa do que a antiga, não retroage a nova lei, no particular do período da prescrição começada na vigência da anterior. Aqueles fundamentos de

---

<sup>389</sup> HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 287, n.º 1.043.



interesse coletivo, emprestados ao instituto da prescrição, cedem, inexplicavelmente, à consideração de que não seria conforme à justiça e à razão cuidar com maior benignidade do criminoso que escapa, pela fuga, à execução da pena, do que daquele que cumpre a pena a que foi condenado. A conclusão da retroatividade, num caso, e da não-retroatividade, em outro, sendo matéria da prescrição ambas as hipóteses, apenas matéria principal, numa, e matéria decorrente, em outra, não parece, assim, primar pela coerência. E isso transpõe-se do próprio HAUS, quando admite que, em tais circunstâncias, a lei nova passe a reger, pelo prazo mais breve que resulta das suas disposições, a prescrição em curso relativamente a uma pena imposta em sentença que já transitou em julgado, contanto que haja, nesse sentido, um dispositivo formal na lei nova.<sup>390</sup>

Pelo tudo visto, o sistema razoável é o de aplicação, em qualquer hipótese, da lei que for mais favorável.<sup>391 - 392</sup>

<sup>390</sup> HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 288, n.º 1.044.

<sup>391</sup> Em matéria criminal, o princípio geral de que às prescrições em curso tem aplicação imediata à lei superveniente sofre a restrição implícita na regra que manda aplicar ao fato não definitivamente julgado a lei posterior mais favorável: acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.ª Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1947, vol. 118, pág. 560. No mesmo sentido, acórdão do Supremo Tribunal, in *Arq. Judiciário*, 1944, vol. 72, pág. 387. A Conferência de Desembargadores, reunida no Rio de Janeiro em julho de 1943, para assentar a interpretação das disposições do novo Cód. Penal, adotou, como primeira conclusão, o seguinte: "O juiz, na aplicação da pena, deve estender a indagação da benignidade aos institutos do livramento condicional, suspensão da pena e *prescrição*". Prevaleceu esse ponto de vista, em face do art. 2.º e parág. único do Código, determinando a aplicação da lei posterior que deixa de considerar crime o fato, ou que *de outro modo favorece o agente*. Argumentou o desembargador José DUARTE, em abono da tese vitoriosa, que livramento condicional, suspensão da pena e prescrição são questões que estão em função da própria pena, e que sem existir a condenação, ou sem haver pena aplicada, tais institutos não têm a menor significação (ver *Conferência de Desembargadores*, Rio, 1944, pág. 57).

<sup>392</sup> Ainda no particular do cabimento de lei nova regulando prescrição em curso, quer agrave quer atenuie a situação do réu,

GARRAUD, que se impressionara pelo argumento de que os princípios reguladores da prescrição são inspirados pelo interesse da sociedade e não pelo do acusado, reconheceu, posteriormente, a fragilidade dessa razão, uma vez que também as leis que definem o crime e determinam a pena visam ao interesse social, e, todavia, do interesse do acusado não se prescinde para as regras da sua retroatividade, ou não-retroatividade.<sup>393</sup>

É a norma do Código brasileiro, condicionada, embora, à não-existência de condenação definitiva, como vimos.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. 1.º, ed. cit., pág. 343, n.º 4 e nota 8.

<sup>394</sup> Justifica-se, na exposição de motivos do Código, a restrição, por "conveniência de ordem prática", qual a de "evitar uma extensa e complexa revisão ou *ajustamento* de processos já ultimados", o que demonstra, afinal, não haver influido, no legislador, nenhum critério doutrinário. Ele próprio, na motivação do preceito, aponta o recurso de *graça* como remédio hábil para resolver situações de flagrante injustiça que se apresentassem, em concreto. As dificuldades desse reajustamento não seriam, em relação ao reconhecimento da prescrição, tão sensíveis como nos outros casos. Registre-se, porém, em abono do legislador brasileiro, a explicação que nos dá (*Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, edição oficial, pág. 8).

---

lembre-se a dúvida suscitada pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962), que elevou para dois anos o período, anteriormente de um ano, da prescrição da ação penal em crime de imprensa. (Lei n.º 2.083, de 12 de novembro de 1953, art. 52, com a redação da lei n.º 2.728, de 16 de fevereiro de 1956). Em decisão plenária do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, contraria à observância do novo prazo, ficou vencido o des. ALCINO PINTO FALCÃO, para quem "a lei nova que dilata o prazo de prescrição se aplica aos processos em curso, sem se poder alegar que se estará fazendo vedada aplicação retroativa da lei" (ver *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, pág. 155). Em decretação, de ofício, da prescrição em crime de imprensa, declarou, incidentalmente, o ministro EVANDRO LINS, sem manifestação discrepante dos seus pares, que, não estivesse ultrapassado o lapso superveniente, não poderia ele vingar, porque em prejuízo do acusado (*Diário da Justiça*, de 21 de novembro de 1963).

89. Enumera ainda o Código, neste inciso, como causas extintivas da punibilidade, a *decadência* e a *perempção*. São causas peculiares à ação penal privada. Não se confundem com a renúncia do direito de queixa e com o perdão do ofendido, previstos no inciso seguinte.

Decadência, renúncia, perempção ou perdão são formas diversas de desistência da parte ofendida. Há um abandono do interesse de punir o ofensor, seja pelo desuso, propriamente, do direito de ação, e é a *decadência*; seja pela anulação de atos pertinentes à acusação do culpado, e é a *renúncia*; seja pela omissão de atividade no curso da acusação, e é a *perempção*; seja, enfim, pela clemência para com o ofensor e o esquecimento do agravo, e é o *perdão*.

O efeito extintivo da punibilidade é comum às quatro figuras, e por isso o legislador as reúne neste art. 108, onde estão indicadas as causas que fazem cessar a ação e a pena. Pela *decadência* e pela *renúncia*, extingue-se o direito de ação penal; pela *perempção* e pelo *perdão*, a própria ação. Porque a *decadência* e a *perempção* se aproximam mais, nos seus fundamentos e características, do instituto da prescrição, com que guardam semelhanças, que levam, às vezes, à confusão, o legislador contempla a *decadência* e a *perempção* no mesmo dispositivo da prescrição, deixando a *renúncia* e o *perdão*, mais afins entre si, para outro dispositivo.

90. Dá-se a *decadência* do direito de queixa, ou de representação, quando não o exerce o ofendido dentro do prazo que para isso lhe marca a lei. Como vimos, assiste-lhe a queixa em determinados crimes, considerados de ação privada. Cumpre-lhe a representação em outros crimes, contra os quais o Ministério Público não pode agir, sem a sua provocação. Em tais crimes, a punição fica dependendo da iniciativa da parte, mediante queixa ou representação. Faltando, num dado período, essa iniciativa, não há procedimento criminal contra o agente. Acredita-se que ao ofendido não interessa a punição. E como, na espécie, é ele o árbitro dessa punição, a sua negligência vale como impedimento à ação.

Não admitir a decadência desse direito de ação seria entregar ao ofendido a prerrogativa de fazer recair, indefinidamente, sobre o ofensor a ameaça da ação penal. O prazo para o início da ação, por parte do ofendido, não pode deixar, portanto, de ser improrrogável, sob pena de se eternizarem propósitos de vindita, criando-se constrangimentos indevidos ao ofensor.

Consequentemente, o fato de o querelado não recorrer do despacho recebendo a queixa não impedirá, depois, o reconhecimento da *decadência*, visto que a extinção de punibilidade pode ser alegada e decretada a todo tempo. <sup>395</sup>

91. Por outro lado, começada no prazo legal, a ação, consentir que o querelante lhe prolongue, ilimitadamente, o curso, por capricho ou desídia, seria ainda permitir constrangimento ao acusado, perpetuando a ameaça da pena sobre ele. Assim, ao querelante é imposto prosseguir na ação, acompanhando-a, sem interrupções injustificadas, em todos os seus trâmites. Não o fazendo, entende-se que desistiu do processo e, consequentemente, da punição. <sup>396</sup> A *perempção* é forma presumida de desistência. É uma pena ao ofendido, pelo mau uso da faculdade, que o poder público lhe outorgou, de agir preferentemente na punição de certos crimes. Essa pena ao ofendido desonera o ofensor. Corresponde, outrossim, à tendência do moderno direito processual penal de restringir ao mínimo a intervenção da parte ofendida na ação penal, sob qualquer aspecto. <sup>397</sup>

O poder público, que abriu mão de promover a punição por motivos ou considerações especiais, vela, todavia, por

---

<sup>395</sup> O contrário, — pondera, ainda, o ac. de 23-4-51, da 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, — seria deixar à discrição das partes um preceito de ordem pública (*Revista Forense*, 1952, vol. 141, pág. 421).

<sup>396</sup> De acordo o Supremo Tribunal Federal, em 24-9-47, no recurso de *habeas corpus* n.º 29.926: não basta, para a *perempção*, o fato material do entorpecimento do feito; faz-se mister, ainda, a prova de inércia do querelante (*Arg. Judiciário*, vol. 87, pág. 73).

<sup>397</sup> Ver INOCÊNCIO BORGES DA ROSA, ob. e ed. cit., pág. 454.

que se não transforme ele em instrumento de perseguição e vingança. A um simples descuido do ofendido querelante, não lhe encontrando razões, decreta a extinção da ação.

Pelo exposto, distingue-se da decadência a perempção, como acentua NÉLSON HUNGRIA, porque, pela decadência, “resulta impedida a propositura da ação penal”, enquanto pela perempção fica impedida “a continuação do curso da ação”.<sup>398</sup> Graças à decadência, a ação não chega a começar. Por efeito da perempção, não chega a termo. A decadência precede, pois, a ação penal. É o não-uso de um direito; esse direito é, exatamente, a condição para a ação.

Por sua vez, a perempção ocorre, somente, em relação à ação puramente privada, isto é, à ação que se inicia por queixa. A decadência, como vimos, restrita à iniciativa da parte ofendida, compreende, entretanto, os casos em que cabe queixa e os em que cabe representação. Não autoriza dúvida o disposto no nosso Cód. de Proc. Penal: *nos casos em que somente se procede mediante queixa*, considerar-se-á *perempta* a ação penal, etc. (art. 60).<sup>399</sup>

92. A perempção é forma rigorosamente processual de extinção da punibilidade. Por isso, a freqüente omissão dos Códigos penais, ou, quando muito, uma singela referência, como no nosso. À lei adjetiva é que cumpre precisar as hipóteses de perempção.

São cinco, pela nossa lei processual, essas hipóteses: a) quando, iniciada a ação, o querelante não promove o anda-

<sup>398</sup> NÉLSON HUNGRIA, *Extinção da punibilidade em face do novo Código Penal*, in *Revista Forense*, 1941, vol. 87, pág. 589.

<sup>399</sup> A regra ainda é confirmada e revigorada pelo art. 29, *in fine*, do mesmo Código. Disposto que nos delitos de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, tem lugar a ação privada (art. 102, § 3.º, do Cód. Penal; art. 29, 1.ª parte, do Cód. de Proc. Penal), assentou o legislador processual que o Ministério Público pode a todo tempo retomar a ação, como parte principal, na hipótese de negligência do querelante (art. 29, *in fine*).

mento do processo, durante 30 dias consecutivos; <sup>400</sup> b) quando, falecendo ou lhe sobrevindo incapacidade, não o substitui, na acusação, dentro de 60 dias, alguma das pessoas a isso autorizadas por lei; c) quando falta, sem motivo, a qualquer ato processual, a que devesse estar presente; d) quando, nas alegações finais no processo, deixa de formular o pedido de condenação; e) quando, sendo pessoa jurídica, se extingue, sem deixar sucessor (art. 60 do Cód. de Proc. Penal).

Registre-se, todavia, que aquele período de trinta dias é suscetível, posto que o não declare a lei, de apreciação pelo julgamento, o qual poderá examinar as circunstâncias que nele atuaram, para concluir, fundadamente, pela procedência ou improcedência do encerramento da ação penal. Se, por exemplo, a suposta negligência do querelante é afastada por qualquer motivo, ostensivo ou por ele mesmo apresentado, em justificativa do seu comportamento, não se atribuirá consequência impeditiva ao prazo.

Ainda que possa e deva assim proceder o juiz que dirige a instrução, lícito não lhe será, contudo, invocar, a cada passo, a atenção do querelante para a observância do seu dever de presença aos trâmites processuais, presença que atesta, inquestionavelmente, a persistência no propósito inicial. <sup>401</sup>

---

<sup>400</sup> O prazo assinalado ao querelante para movimentar o processo, sob pena de lançamento, é sobremodo liberal. Reproduz o critério do antigo Cód. de Proc. Penal do Distrito Federal, de 1924. No direito processual baiano, esse prazo era de dez dias, somente (art. 1.874, letra b, Consolidação das Leis do Processo da Bahia, 1936).

<sup>401</sup> Ver decisões no mesmo sentido, referidas no *Diário da Justiça* de 13 de setembro de 1968, e na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ns. 13 e 16. Ainda no n.º 12 desse extinto periódico, notícia sobre Ac. da 1.ª Turma do Supremo Tribunal, afirmando a perempção em ação penal privada, por ausência do pedido de condenação nas alegações finais, — ato substancial, que é, na forma do art. 60 do código processual. A idêntica conclusão chegou a 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de Minas, em decisão de 4 de fevereiro de 1966, constante da *Revista Forense*, vol. 215, pág. 320.



*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*V — pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;*

**COMENTÁRIO**

SUMÁRIO: 93. Diferenciação entre renúncia e perdão. 94. Aceitação do perdão.

93. Como a decadência e a perempção, de que tratamos anteriormente, a renúncia e o perdão são formas extintivas de punibilidade peculiares à ação privada.

Também entre si se distinguem, como a decadência e a perempção, pelo momento em que produzem efeito. A renúncia precede à ação, ao passo que o perdão lhe é posterior, ainda que deva anteceder à sentença condenatória definitiva.

94. Não precisaria a parte ofendida, para renunciar à queixa, obter a aquiescência do ofensor. Já o perdão, para prevalecer, necessita, como vimos, e está ainda expresso no dispositivo em apreço, da aceitação do ofensor.

Realmente, se em determinados casos pertence ao ofendido a faculdade de exercer a ação penal, deve da ação poder desistir, a seu exclusivo critério, sem dependência da manifestação da vontade do ofensor. Ao direito de agir corresponde, é lógico, o direito de desistir, sem outras limitações que a da própria vontade. O perdão, porém, pressupõe em curso a ação, com o que sofre o acusado constrangimentos e suspeitas. Desde que o ofendido preferiu exercitar a ação penal, ao acusado deve ficar a liberdade de optar entre o perdão, que se lhe oferece, e o prosseguimento do processo, que pode findar pela afirmativa da sua inocência (ver comentário aos arts. 106 e 107).

**Art. 108. Extingue-se a punibilidade:****VI — pela reabilitação;**

**BIBLIOGRAFIA.** G. TISSOT, *Le Droit Pénal Étudié dans ses Principes, dans ses Usages et les Lois des Divers Peuples du Monde*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1879, vol. 1.<sup>o</sup>, págs. 209 a 213; CHARLES MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 5.<sup>a</sup> ed., Bruxelas, 1891, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 603; LOUIS ANDRÉ, *La Récidive*, Paris, 1892, págs. 186 a 220; N. THIRIAT, *De la Réhabilitation des Condamnés et des Faillis*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris; MACKELDEY, *Manuel de Droit Romain*, trad. de J. BEVING, 3.<sup>a</sup> ed., 1846, Bruxelas; WARNEKONIG, *Instituições de Direito Romano Privado*, transladas do latim pelo Dr. ANTÔNIO MARIA CHAVES E MELO, Rio de Janeiro, págs. 74 e 451; MIRÓ CARDONA (JOSÉ), *El Instituto de Rehabilitación*, in *Rev. de Ciencias Penales*, Santiago, 1945, t. 8.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4, págs. 284 a 292; *El Instituto de la Rehabilitación*, in *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano I, n.<sup>o</sup> 1, 1946, págs. 47 a 57; TEODORO ARTHOU, *A Reabilitação Criminal em Face do Código Penal e do Código de Processo Penal*, in *Jornal do Comércio*, Rio, fev. 1947, e *Arq. Judiciário*, vol. 81, supl., pág. 30, 1947; JACQUES HAMELIN, *La réhabilitation judiciaire de Baudelaire*, Paris, 1952; IVAN MORAIS DE ANDRADE, *Cancelamento dos registros criminais*, in *Rev. de Identificação e Ciências Conexas*, Belo Horizonte, 1953, n.<sup>o</sup> 17, pág. 125; OSMAN LOUREIRO, *Sobre a Reabilitação Penal*, em *A Reforma Penal no Brasil*, Maceió, 1955, págs. 85 a 137, e em *O Direito Penal e o Código de 1940*, Rio, 1961, págs. 325 a 340; JAIR LEONARDO LOPES, *Da Reabilitação no Direito Penal*, Belo Horizonte, 1956; BRENHA RIBEIRO FILHO (Hermogenes) — *Reabilitação — Anais do 1.<sup>o</sup> Congresso de Direito Penal Militar*, 1958.

**COMENTÁRIO**

SUMÁRIO: 95. Posição no Código. 96. Conceito. 97. Evolução histórica. 98. A reabilitação no direito brasileiro. 99. Diferenciação com a revisão criminal, o livramento condicional e a condenação condicional. 100. Reabilitação e indenização. 101. Formas de reabilitação.

95. O projeto ALCÂNTARA MACHADO contemplava a reabilitação no capítulo pertinente aos efeitos da condenação. Desprezando a conhecida dicotomia das penas, em *principais* e *accessórias*, — compreendida, dentre estas últimas, quase sempre, a inabilitação para o exercício de direitos —, o pro-

jeto retirava à inabilitação o caráter de pena, para considerá-la um dos efeitos da condenação, em casos especiais (art. 53). O critério adotado vinha confessado na exposição de motivos da parte geral: “*Não há penas acessórias: a publicação da sentença, a confiscação dos instrumentos e proventos do crime, a inabilitação para o exercício de direitos, consideramo-las efeitos necessários da condenação a determinadas penas ou por certos crimes*”.<sup>402</sup>

Assim, emprestando à reabilitação a finalidade de cancelar o registro da sentença e de extinguir as incapacidades de direito (art. 66), que eram duas das consequências atribuídas à condenação (arts. 53 e 54), o projeto dispunha sobre a matéria na parte que se intitulava *Dos efeitos da condenação* (cap. III do tit. IV), o que, à primeira vista, podia parecer chocante, pois que a reabilitação, propriamente, não é efeito da condenação, mas, na sistemática do projeto, causa que desmancha, exatamente, aqueles efeitos.

O Código, ao contrário do projeto, e concorde, nesse ponto, com o Código italiano, classifica as penas em principais e acessórias, arrolando, entre estas, a de interdição de direito (art. 67, n.º II). A reabilitação, consequentemente, havia de estar prevista no título atinente à extinção da punibilidade, causa de extinção de pena, que ela é.

A ALCÂNTARA MACHADO pareceu isso, nada mais, nada menos, indício da mania da bipartição, que acusava no substitutivo da Comissão Revisora, de que se originou imediatamente o Código. E insistia em que as penas acessórias não passam de “efeitos penais da condenação”.<sup>403</sup>

Não lhe aceitaram a advertência, e, mantida a divisão, figurou a reabilitação como causa extintiva da pena acessória de interdição de direito (art. 119).

Ainda que lhe não atribuam efeitos iguais, quanto à natureza e à extensão, dão-lhe, contudo, lugar entre as causas

<sup>402</sup> ALCÂNTARA MACHADO, *Projeto do Código Criminal Brasileiro*, São Paulo, 1938, *Exposição de motivos*, pág. 25.

<sup>403</sup> ALCÂNTARA MACHADO, *Para a História da Reforma Penal Brasileira*, separata de *Direito*, Rio de Janeiro, 1941, pág. 33.

extintivas da penalidade, o Código italiano, o mexicano, o português, o espanhol, sendo que este em capítulo especial, dentro do título denominado *Da extinção da responsabilidade e de seus efeitos*. Também o Código suíço lhe dedica capítulo especial, sob o título denominado *Penas, medidas de segurança e outras medidas*.<sup>404</sup>

96. A reabilitação, ao ver de Roux, é uma das medidas de clemência com que os homens moderam o rigor da justiça penal, mantendo viva, sempre, no coração do culpado “a esperança na misericórdia humana”.

A justiça que se limitasse a punir duramente, incapaz de um gesto de indulgência, traduzido em ato de remissão ou de reintegração, mostraria ignorar quanto a natureza humana é sensível à piedade, como à crueldade. Assim, a condenação condicional, a anistia, a graça, o livramento sob palavra, a prescrição, e, por fim, a *reabilitação*, são meios de que a sociedade se serve, oferecendo ao acusado, por demonstrações concretas de uma justiça que conhece a benevolência e o perdão, a oportunidade para a emenda moral, e o mais pronto, ou o definitivo regresso à comunidade. A reabilitação é, pois, a “reintegração do condenado na sua honra e boa fama, a abolição, em face do seu arrependimento real ou presumido, da condenação, e das incapacidades que possam ainda feri-lo”.<sup>405</sup>

Não impede, nem suspende, ou modifica a execução da pena, como são os resultados atingidos por aquelas outras medidas. Seu propósito é o de apagar os vestígios — os últimos vestígios — da pena, e nisso se assemelha à anistia, embora se afaste, sobretudo, por característica que lhe é fundamental, qual a de só se aplicar aos condenados.

<sup>404</sup> Código italiano, arts. 178 a 181; Código mexicano, art. 99; Código português, art. 126, §§ 5.º a 7.º; Código espanhol, cap. II do tit. V, art. 118; Código suíço, cap. IV do tit. III do Livro I.

<sup>405</sup> J. A. Roux, ob. e ed. cit., vol. 1.º (*Droit Pénal*), págs. 493 e 525.

Como se vê, não é providência que venha ao começo ou durante a pena, para o efeito de eliminá-la, substituí-la ou encurtá-la. É, ao contrário, termo final, encerrando, com a quitação irrevogável ao criminoso, a folha das suas obrigações penais para com a sociedade, e abrindo à sua atividade futura o mais largo crédito, sem quaisquer restrições ou embaraços que se relacionem com o passado.

Restabelecendo, em toda plenitude, a situação anterior à condenação, é “verdadeira restituição moral e jurídica, consequência da presumida emenda moral do condenado”.<sup>406</sup>

Útil ao condenado, não é, porém, criada em seu benefício, mas em favor da sociedade, opina DEGOIS. Seu fundamento não seria, portanto, o interesse individual, mas o interesse público. Quando a lei dá aos que cumpriram, ou aos que foram dispensados de cumprir a pena, a perspectiva de alcançarem, pela boa conduta, a supressão dos efeitos da condenação, realiza um ato de política criminal, num estímulo a esses indivíduos para uma perfeita readaptação ao ambiente social. O interesse individual seria, dessarte, secundário, ou interesse indireto. A reabilitação, conclui, é *modo de prevenção individual*, para o fim de *prevenir* a reincidência. E exemplifica com a lei francesa de 1885, conhecida por suas importantes disposições no sentido de ampliação dos efeitos da reabilitação, e cuja ementa enumerava o livramento condicional, o patronato e a reabilitação, como *meios de prevenir a reincidência*.<sup>407</sup>

Embora singular, como frisa Roux, e em desacordo com a evolução histórica e as condições da reabilitação, não é para desprezar o parecer de DEGOIS. Em face das profundas transformações por que têm passado algumas instituições penais, não surpreenderá possa a reabilitação apresentar, amanhã, o caráter de instituto de ordem pública, sob o fundamento e para o fim apontados pelo ilustre professor de

<sup>406</sup> CUELLO CALÓN, *El Nuevo Código Español*, Barcelona, 1929, pág. 269.

<sup>407</sup> C. DEGOIS, ob. e ed. cit., pág. 398, n.º 787.

Caen. A reabilitação de pleno direito, existente em França desde 1899, teria sido um passo largo nesse rumo. Não sancionaram a iniciativa as legislações posteriores. Mas a evolução do instituto revela, sem dúvida, que de ato de simples favor, como atributo de soberania política, passou a ato do Poder Judiciário, ditado em consideração a razões também de ordem pública. Com efeito, se a pena pretende, com a defesa social, a regeneração do delinqüente, que interesse pode ter a coletividade, ou que utilidade pode haver, em que, cumprida a condenação, subsistam incapacidades ou restrições de direito, que fulminaram o acusado, em consequência ou em complemento da mesma condenação?

A reintegração total do ex-detento na sua situação anterior à condenação deve ser empenho da sociedade, corolário do interesse, que tem, na regeneração moral dos criminosos. Adverte NÉLSON HUNGRIA, que “do mesmo modo que ao Estado incumbe o dever de punir os culpados em defesa da sociedade e procurar emendá-los por meio da pena e outras medidas, assim também lhe cabe o dever de declarar essa emenda, quando efetivamente ocorra. Por um lado, o legislador deve manter, com a execução da pena, a sensível e vigilante consciência ético-social no seio da coletividade, de modo a assegurar o escopo de *prevenção geral*; por outro lado, não deve praticar a injustiça de negar aos condenados o ensejo de reintegrar-se na comunhão civil, desde que se esforcem por tornar-se elementos úteis e prestadios, resgatando as culpas de sua vida pregressa”.<sup>408</sup>

A reabilitação é, portanto, direito do condenado que cumpriu a pena, embora subordinado a condições o seu reconhecimento. Participa da natureza de ato de graça, como foi, em começo, e de ato de justiça, no sentido de que o exame do preenchimento dos requisitos para a concessão, bem como a decretação, são atributos do Poder Judiciário, que profere o seu veredicto, concessivo ou negativo.

<sup>408</sup> NÉLSON HUNGRIA, *Questões Jurídico-penais*, Rio de Janeiro, 1940, pág. 126.



É interessante registrar que sob essa dupla fisionomia foi instituída na Bélgica: *ato de graça*, *ex vi* do art. 73 da Constituição, que investe o rei no poder de perdão das penas, e do art. 87 do Cód. Penal de 1867, que lhe dá, em virtude desse direito de graça, a faculdade de eliminar as incapacidades pronunciadas pelos juízes, ou inerentes, por lei, a determinadas condenações; e *ato judiciário*, desde a lei de 25 de abril de 1896, que instituiu a reabilitação em termos latos, e para efeitos radicais de cancelamento da condenação, entregando ao Poder Judiciário a decisão. Face ao contraste, aparente, entendeu-se que à lei não era lícito amesquinhar a prerrogativa do rei, constante de texto constitucional, e não estava, assim, anulado o preceito do Código. A consequência é que “a sentença de reabilitação proferida pelo tribunal pode, com efeito, extinguir incapacidades que o perdão régio não quis fazer cessar, ou mesmo reabilitar o condenado que não obteve perdão. Note-se que nisto não há conflito nem contradição” — prossegue PRINS: “O poder judicial, estatuinto em outro momento, noutras condições e por outros motivos, pode decidir diferentemente do Poder Executivo”.<sup>409</sup>

Ato de indulgência, misto de justiça, a reabilitação é, bem, um verdadeiro “complemento do sistema penitenciário e da graça”, coroando os esforços do condenado pela sua reintegração na sociedade.<sup>410</sup>

97. A *in integrum restitutio* dos romanos é a primeira prática de reabilitação penal. O direito privado romano conhe-

---

<sup>409</sup> PRINS, ob. e ed. cit., pág. 530, n.º 951. Ver, também, NYPELS-SERVAIS, ob., vol. e ed. cit., pág. 383, n.º 2. Teor do art. 73 da Constituição belga: “O rei tem o direito de perdoar ou minorar as penas impostas pelos juízes, salvo o disposto relativamente aos ministros”. In DARESTE, ob. e ed. cit., t. 1.º, pág. 78. Teor do art. 87 do Cód. Penal belga: “As incapacidades impostas pelos juízes ou atribuídas por lei a determinadas condenações cessam pelo perdão do rei, no uso do direito de graça”.

<sup>410</sup> GEORGES VIDAL-JOSEPH MAGNOL, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, 8.ª ed., Paris, 1935, pág. 696.

ceu numerosas modalidades de restituição aos particulares lesados, nos negócios e ajustes, pela má fé ou coação de outrem, ou por diversas causas, especificadas. Ao direito penal não foi estranha a providência, e a ela se reportam, explicitamente, textos do Digesto e do Código. Sem embargo das características peculiares a cada espécie — note-se que a restauração de natureza civil era ato jurisdicional, da competência dos pretores, e a restauração aos condenados ato de soberania política — havia um propósito comum de amparo e ressarcimento ao indivíduo, com o lhe restabelecer a situação anterior ao ato danoso ou à condenação.

*In integrum restituere* <sup>411</sup> era, assim, repor o condenado, por inteiro, em todos os bens e na dignidade pessoal, de que o despojara a sentença. “Assim como o simples nome da deportação exprima, por si só, a perda de todos os bens, assim também a restituição por graça signifique, numa só palavra, a recuperação de todos os bens e da dignidade perdidos”, firmou o imperador CONSTANTINO, dando, de modo categórico, o sentido e a extensão da *indulgentiae restitutio*. <sup>412</sup>

Não menos peremptório foi o imperador ANTONINO, dirigindo-se a LICINIANO, recém-vindo do desterro: “*Restituo te in integrum provinciae tuae*”. Restituo-te, por inteiro, “à tua província”. E para que não pairasse dúvida sobre os efeitos integrais de uma tal restituição, eis que acrescentara e explicara: “*Ut autem scias, quid sit in integrum, honoribus et ordini tuo et omnibus ceteris te restituo*”. E para que saibas

---

<sup>411</sup> Anota MAYNZ que as denominações *in integrum restitutio*, *integri restitutio* foram as preferidas pelos juriconsultos romanos, que raramente fizeram uso das expressões inversas, encontradas, aliás, nos estudiosos dos textos romanos (CHARLES MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, 5.<sup>a</sup> ed., t. 1.<sup>o</sup>, pág. 603, nota 48).

<sup>412</sup> Código, Liv. IX, tit. 51, *De sententiam passis et restitutis*, n.<sup>o</sup> 13, § 3.<sup>o</sup>: “*utque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentiae restitutio bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio*”. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., t. 5.<sup>o</sup>, pág. 503.

que seja por inteiro, restituo-te aos teus direitos, à tua dignidade, e a tudo mais. <sup>413</sup>

A *restitutio* era, pois, uma das formas de graça, distinguindo-se das outras pelo só beneficiar a condenados, e destes, somente aos deportados, não tendo tido, jamais, aplicação a qualquer outra pena, como depõe LADISLAU THOT. <sup>414</sup> Sob a República, a concessão era direito do povo, emanção da sua soberania, afirmada nos comícios; ao tempo do Império, atributo, ainda, de soberania, um dos privilégios dos imperadores, condicionada, portanto, à sua vontade e critério.

Assim agraciado, o cidadão recuperava os direitos públicos, reingressando na pátria, incorporado, de novo, à comunidade política. Mesmo aos direitos civis interditados pela condenação era, de regra, readmitido. <sup>415</sup>

Compreende-se porque a restituição se fazia em termos tão gerais. Não houve, para os antigos, castigo mais cruel

<sup>413</sup> Código, Liv. IX, tit. 51, n.º 1. (GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., t. 5.º, pág. 501).

<sup>414</sup> LADISLAU THOT, ob., ed. e loc. cit., pág. 334.

<sup>415</sup> Não houve conformidade, no particular, em relação a certos direitos privados, como, por exemplo, o do pátrio-poder, sobre cuja perda pela condenação penal e reaquisição pela *in integrum restitutio* divergiram os textos romanos. Entre outros, indicados por MOMMSEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 174, haja vista: Inst., Liv. I, tit. 12, n.º 1, e Código, Liv. IX, tit. 51, n.º 6. Ali se estabelece o princípio de que o deportado, por isso que a deportação, por crime, implica a privação da cidadania, perde o pátrio-poder, como se estivesse morto; e também aquele que estivesse sob autoridade de ascendente, deixaria, pela mesma razão, de estar, caso fosse deportado. “Mas se por indulgência do soberano forem perdoados, recuperam integralmente seu anterior estado: “*sed si ex indulgentia principali restituti fuerint, per omnia pristinum estatum recipiunt*”. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., vol. 1.º, pág. 17. Já na referida passagem do Código, não é este o preceito: deportado a uma ilha o filho sob o pátrio-poder, e dissolvido, por isso, o vínculo paterno, mas regressando depois à pátria e restituído à sua antiga dignidade, não se considera, todavia, restabelecido o pátrio-poder: “*potestas tamen patria repetita non videtur*”. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., vol. 5.º, pág. 502.

do que a privação da posse da pátria.<sup>416</sup> Ao exilado, tiravam, por inteiro, tudo, o direito de residir no solo natal, o direito de culto aos seus deuses, o direito de domínio sobre os bens, o direito de ter família e lar. Entre essa e a pena de morte não existiria, por bem dizer, diferença, senão a de que naquela se poupava a vida do acusado, na sua condição física, circunstância, aliás, de pouco vulto para povos que, sabidamente, possuíam em elevada conta a noção de pátria.<sup>417</sup>

Que valeria, com efeito, ao cidadão, tornado estrangeiro por justiça dos próprios compatriotas, viver sob tamanha humilhação e opróbrio?<sup>418</sup> Valeria, apenas, pela esperança de que pudessem mudar, amanhã, os sentimentos que hoje o baniam do convívio e da religião dos seus. Então, nesse dia, o povo, em comício, revogava, solenemente, o exílio, recolocando o repatriado no estado e situação anteriores.

O uso continuou, como está visto, no Império, apenas substituída a fonte originária da graça. Razoável, portanto, que a restituição fosse, e era, *in integrum*. Os casos de restituição parcial são exceção, e, como exceção, confirmam a regra. Não obstante, não há, entre os romanos, — faz ver GARRAUD, — uma prática regular da reabilitação, como no direito moderno e no contemporâneo.<sup>419</sup>

O direito francês recebe o instituto, a princípio com prudência, mas, afinal, na sua maior amplitude, em amplitude, a muitas luzes, ainda não comungada, antes ou depois, por nenhuma outra legislação.

De efeitos restritos à abolição das incapacidades civis, oriundas da condenação penal, passa à própria condenação, fazendo-a desaparecer, como se fosse uma anistia; de mero

<sup>416</sup> FUSTEL DE COULANGES, ob., vol. e ed. cit., pág. 352.

<sup>417</sup> FUSTEL DE COULANGES, ob. cit., págs. 350 e segs.

<sup>418</sup> A *interdictio aquae et ignis*, da fase republicana, foi substituída, na época imperial, pela *deportatio*. Ambas as penas determinam o afastamento da pátria e acarretam a privação de todos os direitos. Equivalem a uma morte, morte civil. Ver ADOLPHE GASCOIN, ob. e ed. cit., págs. 48 e 80, e LADISLAU THOT, ob., ed. e loc. cit., pág. 382.

<sup>419</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. 2.º, ed. cit., pág. 646.

favor dos governantes, transfigura-se em ato judicial, fundamentado nos elementos e provas de processo adequado; dos delinquentes primários estende-se aos reincidentes, das penas criminais às correcionais, dos condenados que cumpriram pena aos que, em consequência de graça ou prescrição, não a cumpriram; dessa maneira, a reabilitação vence, através de várias leis, que os tribunais interpretam e esclarecem, sucessivas etapas, mas, sempre presente, sob maiores ou menores limites, reservas, condições ou formalidades, ao ex-condenado, estímulo para o bem, aceno de esperança em dias melhores, na plenitude de reputação social.<sup>420</sup>

No período revolucionário, seu rito é soleníssimo, assim como um banho lustral, de onde o indivíduo emergia limpo da nódoa da sentença, para uma nova vida, que o passado não ensombraria, com o seu estigma, ou, pelo menos, a sua lembrança. A essa forma de reabilitação chamaram, por isso, de “batismo cívico”; mas era, em suma, tão ostensiva e aparatosa, que dela começaram a se esquivar os que de reabilitação precisavam, temerosos, justamente, que a larga publicidade do ato trouxesse o próprio crime, outra vez, ao conhecimento geral e, por acaso, ao conhecimento de pessoas que até então o ignorassem.<sup>421</sup>

Para corrigir tais inconvenientes, que perduraram, apesar de atenuado esse formalismo exterior, é que uma lei de 1899, marcando o ponto culminante da evolução do instituto no direito francês, criou a reabilitação *de pleno direito*, al-

---

<sup>420</sup> E. TRÉBUTIEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 344; LOUIS ANDRÉ, *La Récidive*, Paris, 1892, pág. 187; DONNEDIEU DE VABRES, ob. e ed. cit., págs. 200 e segs.; DEGOIS, ob. e ed. cit., págs. 398 e segs.

<sup>421</sup> TRÉBUTIEN descreve o cerimonial, que qualifica de *teatral*. Comparecia o reabilitando perante o Tribunal criminal, cujo presidente, depois de ouvir o pedido de reabilitação, feito em voz alta, em nome da municipalidade, por dois titulares seus, que acompanhavam o beneficiário, proclamava a reabilitação, nestes termos: “Sob atestação e a pedido do vosso país, a lei e o Tribunal apagam a mancha do vosso crime”. Note-se que do ritual constava, antes do requerimento da reabilitação, a leitura do teor da sentença condenatória, particularidade evidentemente desnecessária e até contrária ao

cançada por simples decurso de tempo, após o cumprimento da pena, sem outra condenação.<sup>422</sup>

Ficaram, então, paralelamente, e à opção dos interessados, as duas modalidades de reabilitação, isto é, a *judiciária*, sujeita a requisitos e sob decretação do Poder Judiciário, e a *legal*, independente de pedido, e livre de condições, senão a exclusiva do decurso do tempo, subordinada, entretanto, a sua verificação a prazos mais longos.

Assim as codificações modernas acolheram o instituto, principalmente na sua forma ordinária.

98. A reabilitação figurou no Código brasileiro de 1940 sob o molde de restituição do condenado à situação jurídica e moral anterior à condenação. Conhecêramos, até aqui, a reabilitação apenas como reparação a um inocente, sentenciado. É como figura no Cód. Penal de 90, entre as causas de extinção da condenação (art. 72, n.º 3), reintegrando o condenado em todos os direitos que houvesse perdido pela sentença, com indenização dos prejuízos sofridos, assim o Supremo Tribunal Federal, em revisão extraordinária do processo, o proclamasse *inocente* (art. 86 e § 2.º).

Essa idéia de corrigir erro judiciário demonstra o critério medíocre por que a medida fora adotada. Não admira, pois, que os comentadores do Código houvessem encarado

---

<sup>422</sup> A lei de 26 de março de 1891, que instituía a condenação condicional em França, e ficou conhecida por *lei Berenger*, do nome do seu autor, excluía, expressamente, da medida as incapacidades resultantes da condenação, mas dispunha que os seus efeitos cessassem na data em que a condenação, por cumpridas as condições do *sursis*, fosse havida como inexistente. Era, anonimamente, como já se observou, e restringida aos beneficiários do *sursis*, a *reabilitação de pleno direito*, que a lei de 5 de agosto de 1899 veio criar, definitivamente, extensiva aos condenados por crime ou delito. Ver DEGOIS, ob. e ed. cit., págs. 404 e 405.

---

espírito da instituição (E. TRÉBUTIEN, ob. cit., pág. 352). Ver em TISSOT, *Le Droit Pénal Étudié dans ses Principes, dans ses Usages et les Lois des Divers Peuples du Monde*, 2.ª ed., t. 1.º, Paris, 1879, pág. 210, o aparato de que se revestia a reabilitação entre os chineses.



a reabilitação somente desse ponto de vista. MACEDO SOARES define-a como instituto que “tem por objeto reparar a injustiça e o erro judiciário”, e a distingue, por isso, da anistia, da comutação e do indulto. Não era diverso o conceito de LIMA DRUMOND, “é preciso”, — ensinava o criminalista pátrio, — “que a sociedade repare a injustiça das condenações proferidas contra inocentes, *proclamando bem alto o seu erro. E assim se justifica a reabilitação, acolhida por todos os povos*”.<sup>423</sup>

Estavam certos, em face do Código. Este é que se afastara da boa doutrina, e sem escusa possível, porque, ao seu tempo, não era estranha à reabilitação a finalidade distinta daquela de revogação de veredicto injusto, ou errôneo.<sup>424</sup>

A Constituição de 91, instituindo a revisão, pelo Supremo Tribunal, em benefício dos condenados dos processos criminais findos, reforçou o preceito do Código. Comentando o dispositivo constitucional, BARBALHO justificava esta “exceção ao princípio da irrefragabilidade dos julgados (*res judicata pro veritate habetur*) por consideração da imperfeição das leis e da falibilidade dos magistrados, e para salvar a inocência sacrificada por enganosos indícios ou falsa prova, vítima de comprometedoras aparências ou criminosos ardis”.<sup>425</sup>

Não se contesta a utilidade do recurso processual de revisão das condenações criminais irretratáveis. Cumpre, porém,

---

<sup>423</sup> MACEDO SOARES, ob. e ed. cit., pág. 200; MORAIS COSTA e FRANCISCO DE MACEDO, ob. e ed. cit., pág. 80.

<sup>424</sup> Salienta o ministro COSTA E SILVA que o preceito do Código de 1890 sobre a *reabilitação* foi inspirado pelo Código português, de que é cópia. O interessante é que o velho Código português, como assinala, adotara a reabilitação como a restituição ao condenado dos seus direitos anteriores à condenação; a reforma de 1884 é que, regredindo, modificou o instituto, limitando-o à restituição aos indivíduos injustamente condenados, quer dizer, tornando-o, apenas, consequência da decisão favorável ao réu no processo de revisão criminal. O legislador brasileiro de 90, imperdoavelmente desatento à doutrina, e ao exemplo francês, incidiu no erro (COSTA E SILVA, obra, vol. e ed. cit., pág. 425).

<sup>425</sup> JOÃO BARBALHO, ob. e ed. cit., pág. 348.

diferençar da reabilitação, efeito de uma revisão de sentença, a reabilitação, instituto autônomo, com características peculiares e objetivos próprios.<sup>426</sup>

Resultou daí a atitude unilateral do Código de 1890, tão perniciosa que nenhuma das tentativas de reforma penal trouxe, nesse ponto, qualquer inovação. Foi o projeto SÁ PEREIRA, seguido do projeto ALCÂNTARA MACHADO, que descortinou à reabilitação novos horizontes, ainda assim nimamente estreitos no Código de 1940.

99. A reabilitação, efetivamente, difere da *revisão criminal*, embora, como observa DONNEDIEU DE VABRES, andem as duas muitas vezes identificadas na linguagem leiga.<sup>427</sup> A reabilitação, em certos casos, pode ser alcançada por meio do recurso de revisão. Mas não só a reabilitação, na maioria dos casos, não tem que ver com a revisão do processo, como da revisão não decorre, inevitavelmente, a reabilitação, acontecendo, até, por vezes, que a condenação, longe de desaparecer, se reafirme. O que não ocorrerá é ser agravada, porque a revisão, em tese, é a benefício do condenado.

Análise menos superficial dos dispositivos reguladores da matéria conduz à evidência de como se apartam, em pontos substanciais, as duas figuras. Propõe-se a revisão, como o

---

<sup>426</sup> A revisão criminal continua a existir no direito brasileiro, na forma dos arts. 621 e segs. do vigente Cód. de Proc. Penal. É recurso nos processos findos, cabendo em qualquer tempo, antes ou depois da extinção da pena (art. 622). Por ele, se julgado procedente, poderá alterar-se a classificação da infração, absolver-se o réu, modificar-se a pena ou anular-se o processo. Em qualquer hipótese, porém, não será agravada a pena imposta pela decisão revista (art. 626 e parágrafo único). A absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos pela condenação (art. 627) e dará lugar, se o requerer o interessado, a uma indenização pelos prejuízos sofridos (art. 630). Essa reparação moral e pecuniária nada mais é que reabilitação de quem foi condenado, injusta ou erradamente, mas reabilitação como efeito de processo de revisão, em que apurou a inocência do sentenciado.

<sup>427</sup> DONNEDIEU DE VABRES, ob. e ed. cit., pág. 201.

nome, mesmo, indica, a novo exame dos elementos processuais em que descansara a sentença condenatória, e a que podem ser adicionados outros, supervenientes, para certeza do engano em que a justiça incorreu. O beneficiado pela revisão, por ela restaurado no conceito dos sobreviventes ou restituído à liberdade e ao gozo dos direitos, é um *inocente*, chame-se Calas, Dreyfus, qualquer.

A reabilitação, entretanto, não brinda a ninguém com a inocência. Mesmo quando é consequência da revisão do processo, que apontou e manda reparar o erro judiciário, não é a reabilitação que acusa o erro mas a revisão, de que ela é, então, o efeito supremo.

O reabilitado não deixa, por isso, de ser o culpado, de um dia, a quem a sociedade, sem equívoco ou hesitação, impôs a pena, a que fez jus, por seu crime. O que a reabilitação promove é livrar o ex-condenado das desconfianças e prevenções com que a sociedade persiste em tratá-lo, e que dificultam, às vezes, seriamente, a sua vida de liberto, que luta por se reintegrar no ambiente social. Essa reintegração seria incompleta, e correria, a todo instante, o risco de fracassar, se o poder público, opondo, ele próprio, embaraços à regeneração moral do ex-condenado,<sup>428</sup> consentisse de pé certos efeitos da condenação, hábeis, por si, a frustrarem os propósitos honestos do liberado. O reabilitado é como um filho pródigo, para repetirmos a imagem feliz de *DONNEDIEU*.

Também não se confundem a reabilitação e o livramento condicional. Atendem, ambos os institutos, a um fim comum, qual o de apressar a readaptação social de quem, algum dia,

---

<sup>428</sup> É o que observa, com razão, HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 266. Ocorre-nos, a propósito, o significativo episódio relatado pelo eminente jurista cubano JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ. Certa feita, empenharam-se os escrúpulos da administração pública no recolher, em cada repartição, a folha de antecedentes penais dos funcionários, sendo sumariamente demitidos os que não a apresentaram em branco. A limpa burocrática atingiu, entre tantos, um empregado de categoria inferior, que já tinha cumprido, há muitos anos, a sua pena, com a circunstância de haver, durante a

delinqüiu. Mas diferem, claramente, pela natureza, época, modo, efeitos. Pelo livramento condicional, ainda não terminou o condenado a pena que lhe foi imposta, e justo porque está prestes a concluí-la, com boas notas na vida carcerária, é que se dispensa, sob certas condições, o cumprimento da parte restante. O que não sucede com a reabilitação, em que a pena já está cumprida, com boas notas do beneficiário na vida civil, isto é, depois de saldada a obrigação penal. São situações individuais radicalmente diversas, posto que a reabilitação seja, como o livramento condicional é, recompensa à boa conduta. Mas enquanto, na hipótese de livramento, a boa conduta leva a extinguir-se, antes de tempo, a pena, na reabilitação, pelo contrário, não é esse o efeito, porque a pena já se acha cumprida. O efeito é o de apagar, para sempre, quaisquer conseqüências ou ecos que perdurem da condenação.

Ainda mais nítida é a distinção entre a condenação condicional e a reabilitação. Institutos, ambos, da melhor política criminal, visando à prevenção da reincidência, buscam idênticos fins, por métodos diferentes. Por esse mesmo espírito, e para o mesmo destino, irmanou-os o legislador francês, na lei de 26 de março de 1891, que introduziu na França o *sursis* para a pena principal, e, ao mesmo tempo, a reabilitação de direito, logo preenchidas as condições do *sursis*.

Enquanto a reabilitação vem ao termo da pena, a condenação condicional é a suspensão, de início, do cumprimento da pena, mediante compromissos, a serem satisfeitos, em dado prazo, pelo beneficiado. Ambas as medidas têm um pressuposto comum, que é a culpa do delinqüente, apurada e decretada, pelos meios legais. Num caso, expia o criminoso a sua falta, cumprindo a pena, considerada justa e necessária. E depois que a cumpre, guardando conduta correta, de modo a comprovar a emenda moral, obtém a reabilitação

---

vida na penitenciária, desempenhado a função oficial de verdugo. Ao antigo executor da vontade da justiça, assim se perseguia, em nome da justiça! — comenta MARTÍNEZ (*Rev. Penal de la Habana*, suplemento dos ns. 8 e 9, agosto e setembro de 1939).

Noutro caso, a pena que o acusado mereceu, por sua culpa, deixa, contudo, de se executar, em vista de circunstâncias especiais, que ocorrem, e como que afiançam a sua emenda, independentemente do cumprimento da mesma pena.

100. Vistas as características próprias dos quatro institutos, é obvio que da reabilitação, como do livramento condicional, e da condenação condicional, não decorre em favor do beneficiado a indenização dos prejuízos que sofreu com a condenação. A sociedade não praticou, no seu julgamento, nenhuma injustiça, ou erro, de que adviessem perdas materiais ou morais, a serem reparadas. Ao contrário, o julgamento foi legítimo, a pena, decerto, merecida, a execução da pena, quanto ao livramento condicional e à reabilitação, na conformidade da lei. A reabilitação em nada desautoriza o que foi feito; do fato da condenação, cumprida, é que se parte, para a proclamação de estar o ex-condenado plenamente apto à vida em sociedade. Não há, portanto, o que indenizar.

Diversa é a solução no caso de reabilitação, como efeito do processo de revisão da sentença condenatória. Por isso o Cód. Penal de 1890 recomendava a indenização, a requerimento do reabilitado, e de responsabilidade da União, ou do Estado. Não havia restrição a esse direito, resultante de todos os casos em que, afirmada a inocência do condenado, fosse decretada a sua reabilitação. Uma tal generalidade pareceu perigosa a LIMA DRUMOND, pela razão de poder alguém, sendo inocente, deixar-se condenar, para ser, depois, indenizado. Convenhamos que a hipótese seria raríssima. A reabilitação, vindo somente depois da condenação, importaria para o indivíduo, que tivesse os olhos presos na indenização futura, uma série de penosos constrangimentos, desde a ação penal e seu curso até a condenação e sua execução. Quantos quereiam arriscar, por esse preço, o ganho de uma indenização, quiçá pouco compensadora, mesmo? <sup>429</sup>

---

<sup>429</sup> MORAIS COSTA e FRANCISCO DE MACEDO, ob. e ed. cit., pág. 80. A hipótese, entretanto, não teria passado despercebida ao legislador

O assunto não oferece, na atualidade, importância, considerado à luz da reabilitação no Cód. Penal.

101. São conhecidas duas formas de reabilitação, a *judiciária* e a de *pleno direito* ou *legal*. Aquela denomina LOUIS ANDRÉ de reabilitação *ordinária* e a esta de reabilitação *especial*, salientando, com isso, o caráter infreqüente da última.<sup>430</sup> Tem uma por base o arrependimento real do *condenado*, apurado pela justiça, e a outra, o arrependimento *presumido*, pela ausência de condenação durante certo período.<sup>431</sup> A reabilitação judiciária, deferida pelos juízes, por pedido do interessado, e depois de apreciadas as circunstâncias e condições do caso, afigura-se a TEJERINA, e é, mais *científica* do que a de pleno direito, pelos mesmos motivos por que o são a condenação condicional e o perdão judicial, mais do que o indulto e a anistia.<sup>432</sup>

A reabilitação de pleno direito, já está dito, veio para remediar os inconvenientes da publicidade em torno da reabilitação judiciária. Independe de requerimento ou concessão, decorrente, que é, da própria lei, consequência fatal de lapso de tempo sem outra condenação. Na evolução histórica do instituto, é o último grau; precedem-na a reabilitação por via administrativa, remotamente, e a judiciária, proxima-mente.<sup>433</sup> Cercada, esta, de formalidades e solenidades ex-

---

<sup>430</sup> LOUIS ANDRÉ, *ob. e ed. cit.*, págs. 186 e 216.

<sup>431</sup> J. A. ROUX, *ob. e ed. cit.*, pág. 526.

<sup>432</sup> I. SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. e ed. cit.*, pág. 424.

<sup>433</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 645, n.º 771.

---

que sucedeu ao de 90. Consolidando, pelo dec. n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, as leis referentes à justiça federal, houve por bem isentar o poder público dessa obrigação de indenizar quando do erro ou injustiça da condenação fosse causa ato ou falta imputável ao reabilitado, como a confissão ou a ocultação da prova em seu poder, ou quando não houvesse o réu esgotado os recursos legais, ou quando o processo penal tivesse sido de iniciativa privada (art. 433, parte 2.ª — *processo criminal*). Tais exceções acautelavam o Estado contra as indenizações tramadas.



cessivas, desde o pedido até a decisão, através de repetidos trâmites, observava-se — como já fizemos menção — que os liberados de pena preferiam continuar na situação de não-reabilitados a despertarem, de novo, a atenção para o seu crime.<sup>434</sup>

Pela reabilitação judiciária manifesta-se a maioria dos autores. Os argumentos invocados poderiam ser resumidos neste, de GARRAUD: a reabilitação deve ser “a recompensa de um esforço sério do indivíduo para voltar ao bem”.<sup>435</sup> Somente um processo de reabilitação oferece elementos seguros de apreciação da emenda moral, que deve ser algo de concreto.

Os que se decidem pela reabilitação de pleno direito realçam, como superioridade, o seu curso mais discreto, ou nada indiscreto, e em compensação da ausência de requisitos, o prazo mais longo em que se verifica. Pondera ROUX que há exagero nos que incriminam a reabilitação legal de prescindir de condições. Se é verdade que o lapso de tempo opera automaticamente a reabilitação, não se deve desprezar que a lei exige não tenha havido, nesse período, outra condenação penal, o que, não sendo prova absoluta de boa conduta e regeneração moral, é, sem dúvida, séria presunção dessa conduta e regeneração.<sup>436 - 437</sup>

---

<sup>434</sup> No velho direito francês, recorda TRÉBUTIEN, o pedido de reabilitação era obrigatoriamente noticiado na folha judicial, quer do lugar da sede do Tribunal que houvesse de conhecer do pedido, quer do da sede do juízo que proferira a condenação. Visava-se, com esses proclamas, a chamar para a instrução do processo as atenções gerais, em expectativa, na quase totalidade das vezes malograda, de que viesse o grande público trazer o conhecimento de impedimentos legais à concessão do benefício (TRÉBUTIEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 351). No México é ampla a publicidade em torno da *reabilitação*, julgada pelo Poder Judiciário, concedida por lei do Congresso Federal, e enfim publicada, como tal, no *Diário Oficial* da República (*apud* RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, ob. e ed. cit., págs. 381 e 521).

<sup>435</sup> GARRAUD, *Précis*, ed. cit., pág. 458, n.º 1.

<sup>436</sup> J. A. ROUX, ob., vol. e ed. cit., pág. 533, nota.

<sup>437</sup> A reabilitação de direito foi o tema desenvolvido pelo penalista cubano MIRÓ CARDONA na Conferência Interamericana de

Objeta-se que a reabilitação não deve ser confundida com a prescrição; esta é que se consuma pelo transcurso de tempo, sem outra condenação do acusado. A negligência do poder público em agir, como do seu dever, reúne-se, por aquele elemento negativo de condenação penal, a presunção da emenda do delinquente. Para os efeitos de reabilitação, certo é que devemos exigir elementos mais expressivos de boa conduta do liberado, mesmo porque o fato de não haver sofrido, durante determinado período, nova condenação penal, não é garantia de sua efetiva regeneração: "embora sem incorrer no Cód. Penal, pode ter tido, e ter, ainda, vida reprovável".<sup>438</sup>

**Art. 108. *Extingue-se a punibilidade:***

.....

**VII — pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;**

**BIBLIOGRAFIA.** CHASSANT, *Traité des Délits et Contraventions de la Parole, de l'Écriture et de la Presse*, Colmar, 1837, vol. 1.º, pág. 376; JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO, *O Código Penal Interpretado*, Rio de Janeiro, 1901, vol. 1.º, pág. 369; vol. 2.º, 1902, págs. 89-162; RODOLFO MORENO (hijo), *La Ley Penal Argentina*, La Plata, 1903, págs. 183 a

<sup>438</sup> NÉLSON HUNGRIA, ob. e ed. cit., pág. 128. DONNEDIEU DE VABRES (ob. e ed. cit., pág. 208) figura, ainda, outras hipóteses que tornariam precária a presunção de emenda pela exclusiva ausência de condenação. Haja vista que o reabilitando poderia ter cometido crimes ignorados da justiça, ou mesmo, ter permanecido à margem do direito penal, não havendo, entretanto, na sua folha, outra condenação posterior ao cumprimento da pena.

Advogados, realizada, em 1945, em Santiago do Chile. Propugnou, convencidamente, que a medida se processe independentemente de qualquer decisão judicial ou administrativa, ou seja, automaticamente, coincidindo com o livramento condicional, o qual, fazendo supor a cessação do estado perigoso do beneficiário, mentiria ao seu fundamento, se outros requisitos fossem impostos, *a posteriori*, para o fim da reabilitação (Ver CONSTANCIO BERNALDO DE QUEIRÓS, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, 1953).

185; J. P. FROLA, *Das Injúrias e Difamações*, trad. de SOUZA COSTA, Lisboa, 1912, vol. 1.º, págs. 377 e 378; EUSÉBIO GÓMEZ-RODOLFO MORENO, *Proyecto de Ley, Código de Procedimientos Penales*, La Plata, 1935, *Exposição de motivos*, pág. 225; OLIVEIRA E SILVA, *Da Calúnia e Injúria*, Rio de Janeiro, 1.ª ed., 1941, pág. 212, e 2.ª ed., pág. 268; ALFREDO MOLINARIO, *La retractation*, *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano II, n.º 4, 1946, págs. 437 a 476; BENI CARVALHO, *Irretratabilidade da injúria*, *Rev. Brasileira de Criminologia*, Rio de Janeiro, ano I, n.º 1, 1947, pág. 22; JOSÉ PECO, *Delitos contra el Honor*, Buenos Aires, 1947, págs. 129 a 133; ROBERTO JOSÉ VERNENGO, *La retractación como eximente de pena en el derecho argentino*, 1948.

### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 102. Conceito. 103. Efeito da retratação. 104. Crimes em que cabe. 105. Retratação, explicações em juízo e conciliação. 106. Condições. 107. Publicidade. 108. Retratação do ofensor e aceitação do ofendido.

102. Retratar-se (do latim *retractare*) é desdizer-se. Fica o dito como não dito. É a confissão de falsidade do que se afirmou, a reforma do juízo formulado, um reconhecimento de erro, enfim. Nenhum efeito, do que foi dito, persista, *post hanc diem*, é o que exprime. O caluniador ou difamador, arrependido da sua ação, desfaz, de iniciativa própria, a ofensa.

Não é panegírico ao ofendido, exaltação dos seus merecimentos e das suas virtudes: é a negativa das faltas e dos defeitos atribuídos, restituindo o conceito moral a quem se viu despojado dele pela invectiva improcedente.

Ato de penitência, que é, a retratação não desonra, nem humilha a quem a profere. Nasceu por artes dos primeiros poetas, volúveis de pensamento e de sentimento, e por isso dados a contrariar, em odes incendidas de louvor, os remosques e ultrajes de cantos anteriores. Com a palinódia, buscavam eles, e alcançavam, recuperar perdidas graças. Pela retratação judicial, liberta-se da pena o criminoso, restabelecendo a verdade, que menosprezara ou adulterara.

A paixão, a cólera e sentimentos que tais podem, com efeito, levar o homem ao extremo de expressões injuriosas, logo corrigidas, quando a serenidade e reflexão voltem ao

espírito, momentaneamente conturbado. Era prudentíssimo o aviso de PAULO de que nada do que se faz ou se diz no calor da ira (*in calore iracundiae*) deve ser tido por válido antes que pela reiteração se haja revelado a real intenção das palavras ou da ação.<sup>439</sup>

A precariedade dos juízos humanos é contingência a que não escapa ninguém. Mas as conseqüências podem ser evitadas ou remediadas, pela ponderação e experiência, que acusam a leviandade do proceder, ainda a tempo de serem anulados os seus efeitos.

Esse o papel da retratação. O indivíduo apaga, por suas mãos a ofensa, dando ao ofendido completa reparação moral.

Assim, quanto mais próxima do ato deprimente, mais pura no seu intento, quanto mais pura no intento, mais eficaz, em intensidade e extensão, nos seus resultados. CHASSANT, o grande tratadista dos delitos contra a honra, admitia que a retratação, quando ocorrente no instante mesmo, da ofensa, e diante de todos que a houvessem escutado, fizesse desaparecer o crime.<sup>440</sup>

Posterior embora, não perde em valia, desde que espontânea e radical. Retratação sob violência ou constrangimento, ou na perspectiva da pena, que o desenrolar do processo tornou certa, é que não atende aos interesses do ofendido e compromete o prestígio da justiça. Para valer, há de ser ato consciente, e não de temor, ou de conveniência.

103. Dissentem os doutos quanto ao efeito da retratação, escusa penal, ao ver de uns, mera circunstância atenuante, ao ver de outros.<sup>441</sup>

---

<sup>439</sup> Dig., Liv. 50, tit. 17, n.º 48: "*Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur non prius ratum est quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse.*" Qualquer coisa que se faça ou se diga no calor da ira não é válida antes que pela reiteração se tenha revelado que aquela foi a intenção (GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit.).

<sup>440</sup> CHASSANT, ob. vol. e ed. cit., pág. 376.

<sup>441</sup> FROLA é dos que pensam que a retratação, quando muito, serve, apenas, de atenuante (*Das Injúrias e Difamações*, trad. de

No silêncio do Código brasileiro de 1890 a questão, como era natural, interessou vivamente tribunais e comentadores. O Código de 1830 também omitira qualquer preceito.

Ficou memoranda uma sentença de VIVEIROS DE CASTRO, pouco depois de vigente o Código republicano, e mantida na instância superior. Reportando-se à divergência sobre ser a retratação, no crime de calúnia, causa excludente da criminalidade, ou apenas circunstância atenuante, aceitava o preclaro jurista o primeiro desses efeitos, exigindo, porém, que a retratação fosse antes de oferecida a queixa. “Compreende-se bem” — afirmava — “que, feita a imputação caluniosa e pouco depois espontaneamente retratada, o agente dá prova inequívoca de reconhecer o erro em que laborava e de seu amor pela verdade, restabelecendo-a”. Ao contrário, “quando a retratação se faz depois de iniciado o procedimento do ofendido pela apresentação de queixa, não pode ela ser considerada uma circunstância dirimente da criminalidade”, acrescentava. “O agente não obedeceu a um movimento natural, ao desejo digno de restabelecer a verdade, de reparar o mal que causou, procura escapar à pena do crime que cometeu, é um expediente de defesa, que não deve iludir o juiz”.<sup>442</sup>

Apreciando essa sentença, que dava, como se vê, importância fundamental à espontaneidade da retratação, MACEDO

---

<sup>442</sup> VIVEIROS DE CASTRO, *Sentenças e Decisões em Matéria Criminal*, Rio de Janeiro, 1896, págs. 211 e 212. Ver a íntegra da decisão de instância superior (*O Direito*, Rio de Janeiro, vol. 71, setembro a dezembro, 1896, págs. 571 a 574).

---

SOUSA COSTA, Lisboa, 1912, vol. I, pág. 377). O parecer de RODOLFO MORENO (hijo) é dos mais veementes libelos. “A retratação”, afirma, “não suprime todos os efeitos perniciosos da calúnia. Dela, fica sempre algo; muita gente acredita que não houve provas, mas que o fato, no fundo, é verdadeiro.” E a seguir: “autorizar a retratação como meio de liberar-se da pena é um erro; provada a injúria, ou a calúnia, e descoberto o seu autor, deve ser punido como um delinquente comum, sem dispor desse recurso salvador, tão cómodo para o perverso”. Ver *La Ley Penal Argentina*, La Plata, 1903, pág. 184.

SOARES sustentou, em face da lacuna do velho Código, que a retratação seria *dirimente*, quando realizada voluntariamente, antes da queixa do ofendido, e *atenuante*, quando pronunciada após o início do processo, hipótese em que poderia ser admitida em qualquer fase, e até no plenário.<sup>443</sup>

Os Códigos adotam diferentemente o instituto. O brasileiro e o argentino lhe reconhecem efeito de extinguir a ação penal, em determinados crimes. Para o uruguaio, trata-se de circunstância atenuante, no crime de falso testemunho (art. 181). Para o Código venezuelano, é causa de redução da punibilidade nos crimes de *calúnia* e de *falso testemunho* — (arts. 241 e 243) —, capitulados entre os delitos contra a administração da justiça, servindo, porém, de isenção penal quanto ao último, em determinadas circunstâncias (art. 245). Já o Código suíço confere arbítrio ao juiz para decretar a atenuação ou a isenção de pena, no crime de difamação (art. 173, n.º 4), sendo circunstância atenuante, no crime de calúnia (art. 174, n.º 3).<sup>444</sup>

104. Por sua vez, nos Códigos que aceitam a retratação como escusa penal, não há uniformidade sobre os crimes em que cabe. O argentino aceita a isenção para os delitos de calúnia contra particular e de injúria contra particular ou associação (art. 117).<sup>445</sup> O italiano, os delitos de falso juramento prestado de ofício, como parte em juízo civil (art. 371), falso testemunho (art. 372), falsa perícia ou interpretação (art. 373). O Código suíço adota como isenção penal ou simples atenuante, a critério do juiz, no delito de difamação, atenuante no crime de calúnia, silenciando sobre o de injúria.<sup>446</sup>

<sup>443</sup> MACEDO SOARES, ob. e ed. cit., pág. 655.

<sup>444</sup> No projeto argentino de TEJEDOR, a retratação era pena, inclusa no grupo das penas "privativas da honra e humilhantes", como lembra EUSÉBIO GÓMEZ (*Tratado*, ed. cit., t. 2.º, pág. 300).

<sup>445</sup> Introduzida no projeto de 1937, a figura criminal da *difamação*, a ela fica estendida a possibilidade da retratação, mantida também para o caso de delito de injúria, *ex vi* do art. 158.

<sup>446</sup> Código italiano, art. 376; Código suíço, arts. 173, 174 e 177.



Pelo Código brasileiro, os delitos em que cabe a retratação são os de calúnia, difamação (art. 143), falso testemunho e falsa perícia (art. 342, § 3.<sup>o</sup>).

Prevendo o legislador, como modalidades dos crimes contra a honra (cap. V, tit. I, parte especial) os de calúnia, difamação e injúria, e fazendo referência, no art. 143, apenas aos dois primeiros, é óbvio que excluiu o crime de injúria.<sup>447</sup> A conclusão é reforçada pela exposição de motivos do Código, em que também se faz menção dos crimes de calúnia e difamação, no particular da retratação, silenciando-se sobre o de injúria.<sup>448</sup>

A OLIVEIRA E SILVA afigura-se, aliás, não ter sido pensamento do legislador impossibilitar a retratação em caso de injúria, porque, observa, “a penalidade nos delitos de calúnia e difamação é muito mais severa”.<sup>449</sup> O argumento é, em verdade, apreciável. Se o legislador pune a injúria com penas mais leves do que a difamação, e muito mais leves do que a calúnia, é, decerto, por considerar o injuriador menos perigoso do que o caluniador ou o difamador.<sup>450</sup> E de fato é. Assim, seria contra-senso proporcionar aos delinquentes mais temidos e recusar aos menos o ensejo de se livrarem da pena, pela retratação. Mas por isso que a calúnia e a difamação repercutem mais profundamente, pela maior gravidade de

---

<sup>447</sup> Ver ac. de 29-8-52, do Tribunal de Justiça de Alagoas, com base em parecer do procurador-geral do Estado, LAVENÈRE MACHADO, de que não cabe retratação no crime de injúria (*Revista Forense*, 1954, vol. 151, pág. 469).

<sup>448</sup> *Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro*, ed. oficial, Rio de Janeiro, 1941, pág. XXV.

<sup>449</sup> OLIVEIRA E SILVA, *Da Calúnia e Injúria*, Rio de Janeiro, 1.<sup>a</sup> ed., 1941, pág. 212, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 268.

<sup>450</sup> Cód. Penal Brasileiro, arts. 138, 139 e 140. *Calúnia*, detenção de seis meses a dois anos e multa de um mil a três mil cruzeiros; *difamação*, detenção de três meses a um ano e multa de quinhentos cruzeiros a três mil cruzeiros; *injúria*, detenção de um a seis meses ou multa de quinhentos cruzeiros a dois mil cruzeiros.

que se revestem, e maior amplitude e duração de suas consequências, produzindo, às vezes, abalo de que dificilmente se curará a reputação do ofendido, é que o legislador oferece ao ofensor a oportunidade de prestar, por si mesmo, antes que a justiça o faça, a reparação moral da ofensa, repondo na devida situação, isto é, na situação anterior de boa fama e crédito, o ofendido. A exclusão da injúria do número dos crimes em que se torna possível a retratação é, portanto, propositada.<sup>451 - 452</sup>

Cumpre, ainda, indagar se a retratação afasta a punibilidade apenas nos crimes a que o Código se reporta, para esse fim, ou se alcança os mesmos crimes, quando previstos em outra lei.

No elenco das causas extintivas de punição o Código contempla a *retratação*, com ressalva dos casos em que a lei a admite. O próprio Código, como acabamos de ver, consigna quatro casos, dentre os quais o de calúnia e o de difamação. Quando apareçam, por exemplo, em lei isolada, como figuras especiais, a calúnia e a difamação, será mister que o legislador admita, na hipótese, a retratação, ou em sentido afirma-

---

<sup>451</sup> No projeto ALCÂNTARA a retratação era admissível somente para os crimes de calúnia e difamação, mais severamente punidos do que a injúria (art. 332, § 5.º, e art. 333, § 3.º). O projeto mexicano, ao contrário, admite a retratação nos delitos de injúria e calúnia, silenciando quanto ao de difamação (art. 348). O projeto governamental argentino considera a retratação *escusa absolutória* nos crimes de injúria e de difamação (art. 36). Em decisão de setembro de 1944, adiante citada, o Tribunal de Justiça da Bahia assentou não caber, pelo nosso Código, a retratação na hipótese do delito de injúria.

<sup>452</sup> Parece inspirado na melhor doutrina o voto vencido do desembargador MÁRIO MATOS na 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*Revista Forense*, vol. 172, 1957, pág. 483) no sentido de que, aceita a "retratação" quanto aos crimes de calúnia e de difamação, não podem as palavras, porque eles se concretizaram servir para uma condenação por injúria, isso porque deixaram elas de existir no momento mesmo em que desapareceram, pela retratação, os delitos que representavam.

tivo deve ser interpretada a simples ausência de qualquer norma proibitiva, eis a questão.

Conhecendo de caso concreto, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal pela necessidade de preceito declaratório: ao Código sobreviera o dec.-lei n.º 4.766, de 1.º de outubro de 1942, definindo, no art. 28, entre os delitos contra a personalidade do Estado, a ofensa a agente do poder público consistente em conceito calunioso ou desrespeitoso. E como houvesse silenciado sobre o efeito da retratação, nesse crime, negou aquela Corte a escusa, alegando tratar-se de motivo peculiar de extinção de punibilidade, a prevalecer somente nos casos que a lei indicasse.<sup>453</sup>

105. Não deve ser confundida a *retratação* com as *explicações em juízo*. Cabem estas quando *equivocas* a calúnia, a difamação ou a injúria.<sup>454</sup> O duplo ou múltiplo sentido a que se prestam a increpação ou as expressões usadas cria a

---

<sup>453</sup> Foi vencido o ministro VALDEMAR FALCÃO, para quem o decreto-lei em causa, silenciando sobre a *retratação*, não a excluía, como fez, expressamente, em relação aos institutos da fiança, da suspensão da execução da pena e do livramento condicional. No voto do relator, ministro OROZIMBO NONATO, sobreleva o argumento de que a *retratação*, capaz, em princípio, de extinguir a punibilidade na hipótese de ofensa a particular, não produz tal efeito quando a vítima é pessoa investida de autoridade, caso em que o sujeito passivo da infração não é o indivíduo, cuja incolumidade moral se protege, mas o Estado. Aliás, nesse julgamento, cabia uma investigação preliminar, que não foi feita: constituiria *retratação* o fato apresentado como tal? O que consta do julgado é que o acusado, tendo proferido expressões injuriosas ao presidente da República, disse, ao ser interrogado, — e foram tais termos aceitos como *retratação* —, que era “conterrâneo de S. Ex.<sup>a</sup> seu admirador sincero e tendo “tomado parte ativa na campanha de 1930, quando ainda se achava no Rio Grande do Sul, admirava-se que, mesmo embriagado, como estava, fosse capaz de tamanha leviandade, pois sempre respeitou os dirigentes da Nação” (ver *Arg. Judiciário*, 1945, vol. 73, pág. 4).

<sup>454</sup> Cód. Penal brasileiro. art. 144: “Se, de referências, alusões ou frases se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir *explicações em juízo*. Aquele que se recusa a

incerteza sobre a existência da ofensa, seja quanto à verdadeira intenção do seu autor, seja quanto ao endereço certo, à pessoa que se considera atingida.<sup>455</sup> Nessa situação, é mister que se esclareça, preliminarmente, se houve o intuito de ofender. Para tal fim, o ofendido pede explicações ao ofensor, o qual, recusando-se a dá-las, ou não as dando satisfatórias, positiva o agravo, incorrendo, pois, em responsabilidade penal. Sendo satisfatórias, as explicações impossibilitam a ação penal, justamente porque, em consequência delas, não há ofensa a punir. Nada impede, portanto, que, iniciada a ação, por calúnia ou difamação, na hipótese de explicações insuficientes, sobrevenha a retratação, encerrando o processo.

Também da retratação difere a *conciliação*, embora comum a consequência de extinguir a ação penal. A retratação é ato, em regra, unilateral. A conciliação, ato, sempre, bilateral: ofensor e ofendido harmonizam-se, cessando, por isso, qualquer razão de procedimento criminal.<sup>456</sup> A conciliação, quando por forma tácita, é uma das modalidades do perdão; quando por forma expressa, umas das suas causas.

---

<sup>455</sup> Ver João VIEIRA: "Se o injuriante presumido não quis de *fato* injuriar, ou não quis injuriar à *pessoa* que se considerou agravada, não pode haver inconveniente em dar a explicação de que falamos: isso em nada o compromete, nem o desonra. Se, pelo contrário, não a quisesse dar, é de presumir, e a lei o admite como averiguado, que quis com efeito injuriar à pessoa que se queixa, ou seja caluniada. e decreta contra ela as penas *ordinárias* da injúria ou da calúnia: isto é claro e é justo" (*O Código Penal Interpretado*, vol. 2.º, Rio de Janeiro, 1902, págs. 162 e 163).

<sup>456</sup> O Cód. de Proc. Penal brasileiro adota o instituto da *reconciliação*: o juiz, antes de receber a queixa, assume a posição de mediador entre querelante e querelado, ouvindo a ambos, isoladamente, e depois conjuntamente, caso lhe pareça viável o entendimento. Harmonizadas, que sejam, as partes, o querelante assina a desistência da queixa, arquivando-se o processo (arts. 520 a 522).

---

dá-las, ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa". A *retratação* está prevista no art. 143: "O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação fica isento de pena".

Mas o perdão pode existir, para o efeito que a lei lhe atribui, sem que o precedam quaisquer práticas ou o inspirem quaisquer propósitos conciliatórios. Assim, a retratação é de vontade e iniciativa do ofensor, independentemente, em geral, do beneplácito do ofendido. Não significa, nem acarreta conciliação que é congraçamento.<sup>457</sup>

106. O Código atual não prevê, nesta parte, condições para a validade da retratação. Elas existem, todavia, e constam de outros dispositivos, relativos aos crimes em que cabe a medida.

A primeira condição, comum aos delitos de calúnia, difamação e falsa declaração em juízo, é que a retratação seja *anterior à sentença*. A outra, inexistente para o delito de falsa declaração, é que seja *cabal*.

Quanto à primeira, não menciona o Código se definitiva a *sentença*, devendo-se, portanto, compreender sentença de primeira instância. Assim, durante todo o curso do processo, haverá oportunidade para a retratação, enquanto não proferida decisão na causa. Realmente, se é um meio oferecido ao agente para evitar a penalidade, por via de sincero arrependimento, não há dilatar quase indefinidamente o seu uso, transformando-o, como disse VIVEIROS DE CASTRO, em simples expediente de defesa, quando não houver, pelas provas colhidas no processo, nenhuma dúvida sobre a imposição da pena.

Retratar-se, como vimos, é desfazer, por ato próprio, a increpação caluniosa ou difamatória. Quanto mais pronta,

---

<sup>457</sup> Em rumoroso episódio no foro brasileiro, qual o da queixa criminal de um governador de Estado contra o general chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, o queixoso atendeu a “apelo” de terceiro, de que foram intermediários os seus advogados, e assentiu em “pôr termo” ao processo. Nas cartas então trocadas, e que tiveram ampla divulgação na imprensa, não se falou nem em “perdão” do ofendido, nem em “retratação” do indigitado ofensor, caracterizando-se o caso, assim, como de simples desistência do ofendido aos ulteriores termos da ação penal.

menos sujeita às oscilações e eventualidades da ação, e, pois, menos eivada da suspeita de interesse. Por isso, nenhum momento mais adequado do que o da contestação da queixa. É o instante em que o indigitado ofensor recebe ou repele a acusação. A contestação, pelos seus termos, já é, muitas vezes, uma retratação.<sup>458</sup> Por que não marcar, neste ponto, em que ofensor e ofendido se defrontam, perante a justiça, a ocasião para que o ofensor se retrate?<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> Não se deve confundir o ato de *constestação* com a simples negação da prática do crime, esclareceu, avisadamente, o Tribunal de Justiça da Bahia em acórdão de setembro de 1944, de que foi relator o desembargador SÁLVIO MARTINS: "Retratar-se é desdizer-se. Quem, portanto, se retrata, longe de negar o crime que lhe é atribuído, no intuito, muita vez, simplesmente de escapar à pena respectiva, o que procura acima de tudo é restabelecer a verdade, é reparar o mal que causou a outrem, com ter-lhe imputado falsamente fato definido como crime, ou ofensivo à sua reputação" (ver *Forum, Bahia*, 1945, vol. XX, fasc. 22, pág. 133). Também a jurisprudência argentina, como acentua o Prof. ALFREDO MOLINARO, tem assentado não constituir *retratação* a negativa dos fatos incriminados, ou da sua autoria, ou do *animus injuriandi*, visto que a retratação, para ser tal, deve partir exatamente do reconhecimento e afirmativa da realidade da ofensa (ver *La retractación, Estudio sobre esta eximente de pena en los delitos contra el honor*, in *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano II, n.º 4, 1946, pág. 440). Em determinado feito, a instância superior firmou serem contraditórias, não autorizando, pois, a que se reconhecesse a "retratação" para os efeitos consignados em lei, as declarações de um querelado, em audiência de conciliação, proclamando, de um lado, a ausência de sentido pejorativo e de *animus injuriandi* no editorial incriminado e, ao mesmo tempo, oferecendo a retratação nos termos estabelecidos pelos códigos penal e processual (*La Ley*, Buenos Aires, 23.2.1968). Não se retrata, com efeito, quem, de início, nega a intenção ofensiva.

<sup>459</sup> Este momento, no processo penal brasileiro, seria o do interrogatório do réu ou o da sua defesa, depois de recebida a queixa, conforme o disposto nos arts. 394 e 395 do Cód. de Proc. Penal, uma vez malograda a conciliação das partes. O projeto mexicano (artigo 348) isenta de pena o acusado, se se retratar publicamente *antes de contestar a queixa, ou no ato de fazê-lo*. Estabelece, assim, como instante adequado para a retratação, o da *contestação*.



Dir-se-á que os ânimos ainda estão perturbados, pela proximidade do fato, e seriam menores, dessarte, as probabilidades de retratação, impedindo-se, portanto, muitas composições honestas, que não encontrariam, agora, ambiente propício, porque ainda não restabelecida a paz dos espíritos. Cresce de significação e merecimento, por isso mesmo, a retratação no ato da contestação da queixa, pelo nenhum vislumbre, ainda, do desfecho judicial do caso, o que a reveste de indubitável sinceridade, revelando o empenho do ofensor em não alargar o conhecimento público do fato e lhe não prolongar os efeitos prejudiciais à reputação do ofendido.

Uma das objeções ao instituto é a de que os seus benefícios não são totais, visto que a notícia da retratação não chega a quantos presenciaram a ofensa, ou dela souberam, restando, sempre, em certo número de pessoas, sugestionadas pela ofensa, restrições imerecidas à boa fama do ofendido. Tais inconvenientes, se não desaparecem por inteiro, diminuem de modo sensível, quando venha a retratação sem grande distância do agravo, ou, pelo menos, antes de atingir a demanda os seus ulteriores trâmites, com o que se teria também prevenido a publicidade a que a própria demanda obriga.<sup>160</sup>

A outra condição para a retratação é que seja *cabal*. Objetiva ou subjetivamente, uma retratação completa é o que o legislador quer indicar. Completa, no sentido de produzir todos os efeitos, e em definitivo, nada subsistindo a fazer perdurar, por mínima que seja, qualquer danosa consequência da ofensa. Completa, ainda, no sentido de refletir de maneira peremptória a intenção do agente, sem evasivas ou ambigüidades. Retratação *cabal* é, assim, o mesmo que eficaz e inequívoca. Repara a ofensa, sem deixar resquício,

---

<sup>160</sup> Pelo projeto ALCÂNTARA a retratação devia vir “no ato de ser proposta a ação criminal” (art. 332, § 5.º). Pelo projeto argentino, de 1937, antes ou no ato da contestação da queixa (art. 158, n.º 1), tal como no Código em vigor (art. 117). A mesma disposição consta do Projeto SOLER (art. 154). Pelo Código uruguaio, “antes da sentença de primeira instância” (art. 181).

e não permite interpretações sobre o propósito de quem se retrata.<sup>461 - 462</sup>

Registre-se, porém, que, pelo Código, essa condição é exigível, somente, nos crimes de calúnia e difamação. Autoriza o sentido restritivo a circunstância de não haver o legislador repetido, quanto ao crime de declaração falsa em juízo, o qualificativo que usou para a retratação, quanto à calúnia e difamação. Efetivamente, preceituando, no art. 143, ficar isento de pena o querelado que se retrata *cabalmente* da calúnia ou da difamação, dispõe, no art. 342, § 3.º, que o fato (declaração falsa em juízo) não é punível, se o *agente se retrata*. Não seria lógico admitir, num caso, uma condição

---

<sup>461</sup> O projeto brasileiro de 1935 (art. 209) exigia que a retratação fosse *inequívoca* e *cabal*, mas nesta está, evidentemente, compreendida aquela idéia, porque não seria *cabal* uma retratação *equivoca*. Os léxicos definem *cabal* o que é pleno, terminante, acabado, completo. Retratção *cabal*, que não fosse inequívoca, seria um contra-senso.

<sup>462</sup> Julgado argentino, reformando decisão de primeira instância, estinou que o simples uso, pelos querelados, do termo *retratar*, sem qualquer outro esclarecimento, consubstanciava, juridicamente, a *retratação*, tanto mais que a aceitara a parte querelante, requerendo o encerramento do processo (*La Ley*, Buenos Aires, 26-9-55). Não se perca de vista, porém, que o Código argentino só exige para a retratação a condição de *pública*. No Brasil, merecem registro, a propósito, duas decisões. Uma, de 1952, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (*Jurisprudência, Diário da Justiça, Florianópolis*, n.º 749, pág. 11), em que o Relator, Des. FERREIRA BASTOS, contestando a existência de "retratação", visto que o ofensor "não se *desdisse* apenas *negou* que houvesse irrogado ofensas à querelante", firmou que "a retratação há que ser feita em juízo, por termo nos autos, antes da sentença, ficando expresso, clara e inequivocamente, não ser verdadeira a imputação, o que importa em reconhecer o autor da ofensa, publicamente, a falsidade respectiva". Outra, de 1953, da 1.ª Turma do Supremo, reformando decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, para assentar que "retratação é o reconhecimento, por parte do querelado, em termos inequívocos, de que a acusação levantada por ele contra o querelante não tem procedência. Negar o réu, simplesmente, que haja proferido as palavras caluniosas não constitui retratação" (Ver *Justitia*, vol. 23, pág. 209).

que noutra caso idêntico está expressa. E ao apontar, no presente artigo, a retratação como causa extintiva de punibilidade, também não a faz acompanhar o legislador de qualquer predicado, revigorando, assim, a conclusão de que, nos crimes de declaração falsa em juízo, basta a simples retratação. A natureza deste último crime justifica a diversidade. Desdizer-se da declaração feita é, sem mais, anular-lhe os efeitos.

107. A retratação, além de cabal, deve ser *pública*. Esta é a exclusiva condição estabelecida pelo Código argentino, confirmada no projeto de 1937: o culpado deve *retratar-se publicamente* (arts. 117 e 158, n.º 1, respectivamente). O Projeto SOLER (art. 154) elimina, porém, a condição.

Mas na expressão que o legislador brasileiro preferiu está implícito, em princípio, o requisito da publicidade. Não se compreende que de uma retratação em segredo possam resultar os desejados efeitos, em relação a uma ofensa a que não faltou publicidade, franca publicidade, às vezes. Uma condição está em razão da outra. Retratar-se em particular de uma imputação notória não é retratar-se. Mesmo que o aceitasse o ofendido. Satisfações ou explicações podem ser dadas assim, e se o ofendido com elas se conforma, não há contestar-lhes validade. Mas a retratação, para sua eficácia, deve ser alguma coisa de mais solene e formal. Que dizer de uma retratação que se efetive nos bastidores, exprimindo mais uma transação entre partes do que uma satisfação à opinião pública, cujos critérios de julgamento sobre o injuriado a ofensa veio abalar, quando não modificar?

Isto posto, em que consiste essa publicidade? O Código, seja na parte geral, seja na especial, não estabelece nenhuma formalidade para o ato da retratação. Nem a de ser feita em juízo e transcrita nos autos, formalidade, entretanto, irrecusável. Vindo a retratação no curso da ação, e a esta encerrando, é imprescindível nos autos o respectivo termo.<sup>463</sup>

<sup>463</sup> O projeto brasileiro de 1935 determinava que a retratação em juízo se fizesse, *confessando o ofensor*, “por termo nos autos”, a

Os ilustres autores do projeto do Cód. de Proc. Penal para Buenos Aires, confessando-se atentos à circunstância de o Código Penal do seu país exigir que a retratação seja *pública*, criaram-lhe forma soleníssima, de deliberada publicidade. Quiseram, com isso, assegurar-lhe ainda maior eficácia, como afirmaram.<sup>464</sup>

Opina SOLER que em face dos termos do art. 114 do código argentino e da limitação constitucional pela mesma disposição respeitada, não é possível entender-se o advérbio “publicamente”, usado pelo legislador no art. 117, como significando publicação “impressa” da retratação. A “publicidade” está

---

<sup>464</sup> Na brilhante Exposição de Motivos do projeto, manifestaram os Srs. EUSÉBIO GÓMEZ e ROBERTO MORENO a sua opinião: “Estabelecemos um preceito a que atribuímos considerável importância, porque representa uma garantia da eficácia da retratação. O Código Penal quer que ela seja pública, e, por isso, o projeto dispõe que, para os fins da retratação oferecida, isto é, para que esta se efetive pela forma determinada pela lei penal, seja realizada em audiência pública. Na conformidade desse pensamento, estabelece o projeto que o Tribunal Criminal, para o conhecimento e julgamento da retratação, funcione em sessão especial, pública e plenária. As partes devem comparecer pessoalmente, salvo impossibilidade absoluta, devidamente justificada, caso em que se farão representadas, outorgando poderes especiais e expressos para que a retratação seja declarada ou aceita, conforme a hipótese. A retratação é proferida verbalmente pelo querelado, ou seu procurador, seguindo-se o ato da aceitação ou recusa. Rejeitada a retratação, sob pretexto de ser insuficiente, passa o Tribunal a sessão secreta, decidindo pela ou contra a retratação, e determinando, conseqüentemente, o fim ou a continuação do processo (art. 584). A ação pelos crimes contra a honra, *ex vi* do art. 573 do projeto, corre originariamente perante o Tribunal Criminal obedecendo assim a forma especial”. Ver *Proyecto de Ley, Código de Procedimientos en Materia Penal, Exposición de Motivos*, de EUSÉBIO GÓMEZ e RODOLFO MORENO, La Plata, 1935, pág. 225. Divergem, todavia, os autores argentinos sobre o que

---

falsidade da imputação (art. 209). Na decisão antes indicada, recusou o Tribunal de Justiça da Bahia reconhecer a extinção da punibilidade, pela *retratação*, visto não constar dos autos nenhum termo nesse sentido, “nem outro qualquer ato processual comprobativo de tal acontecimento”.

atendida pela manifestação da retratação perante o juiz, porque públicos são os atos processuais. O art. 114, referido, é o que, na hipótese de calúnia ou injúria por meio da imprensa, impõe ao ofensor, quando o requeira o ofendido, a publicação, por sua conta, da sentença condenatória ou da satisfação dada. O preceito é repetido, em mais ampla disciplina, no Projeto do mesmo SOLER (1960), sob a rubrica “Publicação reparatória”, explicitando-se, ademais, a sua aplicabilidade quando o caso for de retratação.<sup>465</sup>

108. Para isentar de pena o ofensor, a retratação prescinde da aceitação do ofendido. Omitiu o Código qualquer norma a respeito. Nenhuma existe no Código processual. Mas não se perca de vista que este, dispondo, em capítulo próprio, sobre o processo e julgamento dos crimes de calúnia e injúria, de competência do juiz singular (arts. 519 a 528), ordena ao juiz tentar, preliminarmente, a conciliação entre os litigantes. O consenso das partes interessadas é da essência desse ajuste, o que não ocorre com a retratação judicial. De modo que, em relação a esta, faltando na lei referência a necessidade do consentimento do ofendido, é perfeitamente dispensável a formalidade.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1953, t. III, pág. 318.

<sup>466</sup> É interessante notar que, embora o Cód. Penal argentino silenciase sobre o requisito da aceitação da retratação, o Projeto de Código Processual referido na nota anterior exige essa formalidade, e sob rito solene. Mas à justiça é que compete, afinal, receber, ou não, a retratação, como visto.

---

se deve entender como retratação *publicamente feita*. Enquanto uns exigem que, em qualquer hipótese, seja o ato da retratação divulgado na imprensa, por determinação judicial, dispensam outros esta formalidade, parecendo-lhes bastante o conhecimento em audiência do juiz da causa. MOLINARIO, por sua vez, pensa que a publicidade da retratação deve ser proporcional à da ofensa, de modo que, em vários casos, a providência da inserção na imprensa resultará excessiva (in *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, loc. cit.).

Argumenta-se que, sendo de queixa os crimes de calúnia e difamação, não deveria a lei retirar ao ofendido a faculdade de impugnar a retratação, uma vez não estivesse com ela satisfeito. Ainda assim, a exigência de motivação na recusa seria plausível para que a retratação seriamente proferida não ficasse na dependência do capricho ou do inconfessável interesse do ofendido. Por afastar, inicialmente, embaraços descabidos a um sincero propósito de reparação da ofensa, é que o legislador não condicionou ao *placet* do ofendido a firmeza da retratação. Está certo MACEDO SOARES quando salienta que “a retratação é ato do ofensor, independente da vontade do ofendido, e sendo assim, fica este sujeito às consequências do ato”.<sup>467</sup>

É outro o critério na hipótese de *explicações em juízo*, porque prevalecendo, aqui, a dúvida sobre a ofensa, e versando exatamente sobre esse ponto as explicações solicitadas, ao ofendido é que cumpre dizer se foram elas prestadas de maneira satisfatória.<sup>468</sup> A censura de JOÃO VIEIRA a essa norma, por lhe parecer que “o juízo apaixonado do ofendido” constituía-se o “árbitro da sorte do ofensor”, quando, acrescentava, “é doutrina e jurisprudência constante que nos crimes de injúria não é ao sentir daquele que se diz injuriado que se atende, mas ao ânimo daquele que comete o fato

---

<sup>467</sup> MACEDO SOARES, ob. e ed. cit. pág. 655. Em acórdão de agosto de 1947, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sustentou o seu relator, desembargador SIZENANDO BARROS, que não se referindo o art. 143 do Código ao crime de injúria, mas somente aos de calúnia e de difamação, a retratação independe, nessa hipótese, de aceitação do ofendido. No caso, porém, de injúria, em que não cabe retratação, poderá aceitá-la expressamente o querelante, e com isso terá desistido da queixa (*Revista Forense*, 1948, vol. 116, pág. 569).

<sup>468</sup> O Código português concede isenção de pena àquele que der em juízo “explicação satisfatória” da difamação ou injúria de que for acusado, “se o ofendido aceitar essa satisfação” (art. 418). Como se vê, não é, em essência, nem a *retratação*, nem a *explicação* por ofensas equivocadas, mas um misto de explicação e retratação, a que o próprio legislador denomina *satisfação*. Procede, assim, a exigência do parecer decisivo do ofendido.



reputado injurioso”, seria censura procedente com respeito à retratação, não às *explicações em juízo*, instituto diverso. Registre-se, entretanto, que o ponto de vista do preclaro jurista vingou no Código atual, onde as *explicações*, por ofensas equívocas, são tidas, ou não, por satisfatórias, a *critério do juiz* (art. 144), e não a *juízo do ofendido*, como no direito anterior.

Por sua vez, sendo a retratação isenção de pena, e não de criminalidade, pode o querelado, embora retratando-se, ser condenado ao pagamento das custas do processo. Assim resolveu, em 1955, a 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sentenciando que “o imputado acarreta incômodos, despesas e dificuldades às vítimas pela sua leviandade e descrédito” e deve, portanto, arcar com os ônus representados pelas custas. <sup>469</sup>

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*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;*

**BIBLIOGRAFIA.** CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito da Família*, 3.<sup>a</sup> ed., Recife, 1908, pág. 80; CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Dos Crimes Sexuais*, Rio de Janeiro, 1921, págs. 407 a 415; EDUARDO ESPÍNOLA, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1922, vol. 2.<sup>o</sup> (*Do Direito de Família*), pág. 97; PAULO TEIXEIRA, *O Título VIII do Código Penal*, Bahia, 1924, págs. 232 a 241; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro, Segundo o Código Penal*, Rio de Janeiro, 1924, parte especial, pág. 482; J. IRURETA GOYENA, *Delitos Contra la Libertad de Cultos, Rapto y Estado Civil*, 6.<sup>o</sup> vol. das *Obras Completas*, Montevideu, 1932, págs. 88 e 89; AFRÂNIO PEIXOTO, *Sexologia Forense*, Rio de Janeiro, 1933, pág. 81, nota; MELQUIADES PICANÇO, *Assuntos criminais*, in *Arquivo Judiciário*, vol. 41, 1937, pág. 95 do suplemento; ANGEL OSSORIO Y GALLARDO, *El nuevo Código cubano*, in *Rev. Penal de la Habana*, Cuba, 1939, ns. 6 e 7, junho e julho, pág. 238; JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ,

<sup>469</sup> Revista Forense, vol. 168, pág. 389.

*La mujer en el Código nuevo*, in *Rev. Penal de la Habana*, 1940, vol. 2.º, julho e agosto, págs. 70 a 86 do suplemento; ENRIQUE DÍAZ DE GULJARRO, *El matrimonio como reparación de los delitos contra la honestidad*, in *Rev. Penal de la Habana*, 1941, vol. 3.º, janeiro-março, págs. 39 a 48; EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, *Tudo pelos Menores*, São Paulo, 1942, págs. 29 a 38; JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, *Casamento da ofendida com terceiro*, in *O Jornal*, Rio de Janeiro, 14-1-50; HÉLIO DE QUADROS ARRUDA, *Crime contra os costumes*, in *Justitia*, São Paulo, vol. 12, pág. 80; FERNANDEZ DE MOREDA, *La extinción de responsabilidad criminal, por subsiguiente matrimonio entre culpable y víctima*, *La Ley*, 1955; ERNESTO URE, *La reforma penal en los delitos contra la honestidad*, *La Ley*, 1968.

## COMENTÁRIO

SUMARIO: 109. Generalidades. 110. Os crimes em que cabe a escusa. 111. Efeitos. 112. Realização do casamento. 113. Consenso das partes. 114. Impedimentos civis ao casamento. 115. Nulidade do casamento e sua influência na ação penal. 116. Casamento da ofendida com estranho ao crime.

109. O casamento do criminoso com a mulher por ele agravada na sua honra é, sem dúvida, reparação moral a que nenhuma outra iguala.<sup>470</sup> A condenação do agente, atendendo, embora, à exigência social da punição, não produz resultados tão cabais. Alguma coisa resta, carecendo de proteção legal, e é a virgindade da mulher, conspurcada, a sua honra, poluída. Perdeu ela a reputação social, e certo não a readquire, por efeito miraculoso da condenação criminal do sedutor. Mesmo socorrida pelo dote do ofensor, — quantas vezes um escárnio à sua pobreza duplamente humilhada —, continuará despida de boa fama, e não raro a perseguirão as restrições maliciosas dos que têm cem olhos para o infortúnio alheio, mas não enxergam os próprios deslizes, os

---

<sup>470</sup> FILINTO BASTOS, o grande mestre baiano, pensava que, do ponto de vista social, reparada a ofensa pelo casamento, reintegrava-se o direito da ofendida de modo mais eficaz do que se a pena se executasse (*Breves Lições de Direito Penal*, Bahia, 1911, vol. 2.º, pág. 146).

próprios delitos impunes contra o pudor individual, inclusive os extremamente graves na escala dos crimes sexuais.

Assim, só o casamento satisfaz como reparação, recolocando a mulher na estima social. O poder público abre mão do direito punitivo, porque à sociedade interessa menos, no caso, a punição, só pela punição; do que a restituição da vítima ao seu lugar na sociedade.

Infelizmente, à teoria não corresponde, na maior parte das vezes, a realidade dos fatos. A solução do casamento aparece, então, inspirando e efetivando tristes transações, em que pais sem escrúpulos e sedutores poderosos, associados, comerciam com a honra da mulher ofendida, reduzindo-a a valor econômico. Poderá parecer requinte de literatura a afirmativa corrente de que os pares, em situações tais, se enlaçam perante o juiz e se desenlaçam na porta do *forum*, para uma vida de completa indiferença, em que o destino da mulher, tantas vezes, é a prostituição, e o do homem, a reiteração das mesmas faltas. Os que trabalham no foro criminal sabem, por experiência, que não há exagero no quadro.

Por outro lado, o fenómeno oferece, em qualquer parte, idênticos aspectos. O instinto sexual, com as suas imposições e as suas fraquezas, é imperativo ao crime, em todos os quadrantes. E em toda parte as imperfeições ou ausências do carácter humano motivam os mesmos desprezíveis ajustes.

Em Portugal, os abusos da parte dos sedutores, como de pais, teriam sido tantos, e tão constantes, que o instituto do casamento, como escusa penal, veio a sofrer profunda alteração, dando-lhe o legislador efeito apenas suspensivo da condenação, como a significar que só uma vida em comum duradoura pode oferecer garantia real de reparação da ofensa. A justificativa do decreto modificador do velho Código, apontava direta e corajosamente o mal, afirmando serem frequentes os casos “em que os estupradores de menores púberes se dispõem a resgatar a culpa, esposando as estupradas, para, ao menor pretexto, as abandonarem depois, pelo processo do divórcio e da separação judicial”; como frequente

é também, — acrescentava —, “especularem os pais com a desonra dos filhos, negando, por inconfessáveis motivos, o consentimento necessário ao casamento dos menores”.<sup>471</sup>

Em qualquer país, qualquer legislador subscreveria tal justificativa. Não admira, pois, a afluência de opiniões desfavoráveis ao casamento como isenção penal nos crimes contra os costumes, instituto de “tão profundo sentido moral, mas tão incompatível com as exigências da realidade”, como se exprime, com acerto, OSSORIO Y GALLARDO.<sup>472</sup>

110. O casamento é causa extintiva de punibilidade em determinados crimes, os crimes contra os costumes. Atribuíam-lhe os romanos esse efeito, salvo no delito de rapto. Baseavam a exceção na circunstância de que as leis e usos jamais reconheceram, *nullo modo, nulloque tempore*, legitimidade ao casamento a que não precedesse solicitação formal aos investidos de qualidade para consentirem. Pelo rapto, prescindia-se desse consentimento, essencial às núpcias. Por

---

<sup>471</sup> Cód. Penal português, art. 400, § 1.º: “Em qualquer dos casos a que se refere este artigo e em todos os previstos nos artigos antecedentes (crimes contra a honestidade), o casamento porá termo à acusação da parte ofendida e à prisão preventiva, *prosseguindo a ação pública, à revelia, até julgamento final*. § 2.º No caso de condenação a pena ficará simplesmente suspensa e só caducará se, decorridos cinco anos após o casamento, não houver divórcio ou separação judicial por fatos somente imputáveis ao marido, porque, havendo-os, o réu cumprirá a pena”. Essa importante modificação data de 1930. O dispositivo primitivo determinava simplesmente a cessação de “todo o procedimento ou toda a pena”, quando o criminoso casasse com a mulher ofendida. Ver *Código Penal Português Atualizado*, por A. SIMÕES CORREIA, 2.ª ed., Lisboa, 1935, págs. 219 e 220.

<sup>472</sup> ÁNGEL OSSORIO Y GALLARDO, in *Rev. Penal de la Habana*, ns. 6 e 7, junho e julho, 1939, pág. 234, *El nuevo Código Penal*. Pelo Código cubano, o casamento do ofensor com a ofendida é modalidade da *reparação do dano moral* (art. 114), uma das obrigações constitutivas da *responsabilidade civil* oriunda do crime. Ver J. AGUSTÍN MARTÍNEZ, in *Rev. Penal de la Habana*, ns. 8 e 9, agosto e setembro, 1939, págs. 213 e 214.

isso, a terminante proibição do casamento do raptor com a raptada.<sup>473</sup>

As Ordenações Portuguesas (Liv. 5.<sup>o</sup> das Ordenações Filipinas) contemplaram o casamento como escusa penal nos crimes de defloração e corrupção, abrindo exceção para o de coito com violência. Nesse delito, o casamento, embora realizado por vontade da ofendida, era como inexistente, prevalecendo a imposição de pena ao ofensor.<sup>474</sup>

O Código brasileiro de 1830 adotou a isenção em termos amplos, inclusive para o estupro e o rapto (arts. 219, 223 e 228).

Pelo Código em vigor, os delitos sexuais a que se aplica a escusa são os definidos nos caps. I, II e III do tit. VI da parte especial.<sup>475</sup> O tit. VI arrola os *crimes contra os costumes*, e contém seis capítulos, dos quais o IV é de disposições gerais sobre os anteriores, e os dois últimos são relativos aos crimes de lenocínio e tráfico de mulheres e de ultraje público ao pudor. Quanto a esses, pois, o legislador não reconheceu

<sup>473</sup> Código, Liv. IX, tit. XIII, n.<sup>o</sup> 1, § 2.<sup>o</sup>: "... *quoniam nullo modo nulloque tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonium student sibi coniungere*". In GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., vol. 5.<sup>o</sup>, pág. 449.

<sup>474</sup> Ordenações Filipinas, Liv. V, tit. XVIII: "1. E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado". Ver, em relação aos crimes em que procedia o casamento, os títulos XVI, n.<sup>o</sup> 3, e XXIII do Liv. V. Ver C. MENDES DE ALMEIDA, ob., vol. e ed. cit., págs. 1.166, 1.163 e 1.173.

<sup>475</sup> O Código anterior motivou, a respeito, longa divergência, pela redação imperfeita do dispositivo sobre a matéria. É que o legislador autorizava o casamento no parág. único de um artigo relativo à obrigação de o ofensor *dotar a ofendida*, "nos casos de defloração, como nos de estupro de mulher honesta" (art. 276 e parág. único). O artigo referia-se a *dote* e o parágrafo único a *casamento*. Mas no parágrafo não era especificado nenhum crime, nem feita remissão àqueles dois, mencionados no corpo do artigo, nem tampouco aparecia a expressão genérica "crimes contra os costumes", nem outras equípolentes. Entendeu-se, então, que o casamento era

ao casamento do agente o efeito de isenção penal. Os crimes que comportam a medida são, assim, os de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude (cap. I), sedução, corrupção de menores (cap. II) e rapto (cap. III) .

Da violência, quando ocorre, resultará, algumas vezes, lesão corporal de natureza grave, como previsto no art. 223 do Código. Do fato criminoso, mesmo, pode resultar a morte, como ainda previsto no parág. único do mesmo artigo. Em tais hipóteses, o matrimônio a se realizar, ou realizado, libera igualmente de pena. Pareceria, à primeira vista, que não, porque o cap. IV, onde estão declaradas essas hipóteses, não vem mencionado no preceito sobre o casamento. Mas não se trata senão dos mesmos crimes, com a pena agravada, em virtude da consequência.

No caso de morte antes do casamento efetuado, prossegue normalmente a ação, não podendo o acusado alegar, em seu favor, como impedimento à vontade de casar, o evento da morte da vítima. Admitir-se a desculpa seria fraudar-se o aumento de penalidade, que a morte, só por si, acarreta. Assim, essa consequência, em vez de agravar, como se pretende justo, a situação do criminoso, determinaria exata-

---

extintivo da ação nos casos, somente, de estupro de mulher honesta e de defloração. Foi o ponto de vista de BENTO DE FARIA. Pela extensibilidade da escusa manifestaram-se MACEDO SOARES e GALDINO SIQUEIRA, apoiados no decreto do casamento civil (1890) que, prevendo o casamento de menores abaixo do limite legal de idade, para evitar pena criminal, *não distinguia crimes*; e no aviso de janeiro de 1891, posterior ao Código, isentando de emolumentos o casamento civil entre pessoas pobres, por crime de defloração e *rapto*. Também a João VIEIRA parecera absurda a exclusão do rapto nos crimes em que o casamento era possível. Em longos fundamentos, a 1.<sup>a</sup> Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 1929, opinou pela dirimente nos crimes sexuais em geral, atendendo às razões que a aconselham e justificam. Ver VICENTE PIRAGIBE, ob. e ed. cit., vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 141, n.<sup>o</sup> 460; BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., pág. 479, n.<sup>o</sup> 426; MACEDO SOARES, ob. e ed. cit., pág. 562; GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, parte especial, Rio de Janeiro 1924, pág. 483; João VIEIRA, ob., vol. e ed. cit., pág. 369.



mente o oposto, uma vez que o livrava de pena, e do modo mais completo, porque nem os ônus naturais do casamento lhe adviriam.

Na hipótese, porém, de ocorrer a morte da ofendida, depois do casamento, mas ainda não prescrita a ação ou a condenação, absurdo seria permitir que uma ou outra retomasse o seu curso. A superveniente circunstância, morte, não anula o efeito extintivo, que o casamento produziu, a seu tempo, plena e definitivamente, desde que válido.

Resultando lesão corporal, se a ofendida, apesar de tudo, aceita casar, não haveria razões que desaconselhassem o casamento.

Vemos, da relação dos crimes, que o Código não restringe o casamento aos casos, somente, de defloração da mulher. Os delitos consistentes na posse sexual de mulher não-virgem, ou na prática de atos de libidinagem, diversos da conjunção carnal, desaparecem, também, com o casamento, que não é, portanto, reparação à virgindade, perdida, da mulher, mas reintegração na honra e boa fama, a que têm direito a mulher virgem, e a não-virgem, agravadas pelo crime.<sup>476</sup>

111. O casamento é causa extintiva *comum* ao processo e à pena. Com essa larga conseqüência, é que a adotam os Códigos, o brasileiro, inclusive.<sup>477</sup> Contempla-a este na

---

<sup>476</sup> Procede a crítica de Peco ao Código argentino, que restringe o casamento, no crime de abuso desonesto, à mulher solteira. Uma *viúva*, vítima desse crime, por que não pode ter no casamento a reparação da ofensa? A limitação não aparece no projeto argentino de 1937 (arts. 132 do Código e 175 do projeto). Ver José Peco, ob. e ed. cit., pág. 491. Também o projeto SOLER (art. 166), suprime a inadequada referência a *mulher solteira*, deixando de qualificar a ofendida.

<sup>477</sup> Ainda nesse particular houve, durante a vigência do Código anterior, larga divergência na interpretação do parág. único do art. 276, onde somente se falava em *imposição de pena*, parecendo a alguns que o casamento encerrava a ação, nenhuma influência tendo sobre a pena, *já imposta*. Desse parecer foi BENTO DE FARIA. De modo contrário opinaram MACEDO SOARES e GALDINO SIQUEIRA. Como

parte geral,<sup>478</sup> e nisso lhe faz companhia o Código uruguaio (art. 116). Ambos abandonaram, assim, a orientação das outras legislações, que se reservam para a parte especial, ao configurarem os crimes em que cabe a escusa.<sup>479</sup>

O casamento do ofensor com a vítima envolve o processo e o fato que lhe deu causa em perpétuo silêncio. Nenhuma memória sobreviverá. A sociedade tem interesse em esquecer, para que marido e mulher, que repararam, pelo casamento, o deslize de um instante, encontrem na vida conjugal, sem lembranças penosas, nem levianos julgamentos alheios, o que a vida lhes pode efetivamente outorgar de tranquilidade e ventura.

Não fora assim, seria incompleto o objetivo da isenção; liberava-se da pena o ofensor, ficava satisfeita, no seu direito

---

<sup>478</sup> Vimos que essa colocação foi justificada pelo legislador, na Exposição de Motivos do Código. A mesma norma foi adotada, invariavelmente, pelos sucessivos projetos brasileiros, exceção feita do de ALCÂNTARA MACHADO, que dispunha sobre o casamento na parte geral, mas voltava à matéria na parte especial, para firmar, aí, o princípio de que a extinção do crime e da condenação se operava em relação a todos os participantes do fato (art. 294, § 3.º), menos do caso de lenocínio.

<sup>479</sup> Códigos argentino, art. 132; português, art. 400; espanhol, art. 443, incisos 4 e 5; italiano, art. 544; belga, art. 371; francês, art. 357; mexicano, arts. 263 e 270; suíço, arts. 183, 186 e 197.

---

elemento histórico, é interessante registrar que a lei instituidora do casamento civil no Brasil (dec. n.º 181, de 24 de janeiro de 1890), anterior ao Cód. Penal republicano, fixava em 14 anos para a mulher e em 16 anos para o homem a idade para o casamento, mas permitia o casamento abaixo desse limite, quando fosse para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (art. 17). O Cód. Penal, promulgado alguns meses depois, referiu-se somente à imposição de pena, o que levou BENTO DE FARIA a afirmar que o Código derogara a lei do casamento civil. O Cód. Civil, decretado em 1916, reportou-se, porém, à imposição e cumprimento de pena (art. 214), reforçando assim a corrente dos que viam no casamento causa extintiva do processo e da pena, tal como a inscreve hoje o Código. Ver BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., pág. 479, n.º 426; MACEDO SOARES, ob. e ed. cit., pág. 562; GALDINO SIQUEIRA, ob. e ed. cit., pág. 482.

à reparação, a ofendida; ambos, entretanto, viveriam sempre constrangidos pela perspectiva de referência ou reminiscências, que lhes recordassem, e recordassem aos outros as origens do seu lar, possivelmente feliz, na base da mútua confiança.<sup>430</sup>

Entre vários coniventes no crime, o casamento de qualquer deles serve de isenção penal. Mesmo os escritores que não aceitam, como escusa, o casamento da vítima com terceiro, reconhecem, no caso, que o “participante” no crime não é um “estranho”, e lícito lhe será oferecer, por si, a reparação da ofensa, em que outros consigo cooperaram, e, às vezes, até, em ação mais decisiva. A solução ainda mais se impõe em face do Código atual, que não distingue autores e cúmplices, incorrendo nas penas do crime quem, de qualquer modo, concorra para ele (art. 25).

Assim, no crime de rapto, o casamento da raptada com aquele em cujo interesse foi realizado o rapto, e não com o raptor; no crime de estupro, o casamento da estuprada com algum dos co-partícipes, e não com o autor físico do estupro; aí estão situações eventuais, a que se estende a escusa penal do casamento.

Por outro lado, casando o ofensor com a vítima, desaparece a responsabilidade penal dos demais participantes do crime. Reparada a lesão, o interesse geral é o de silêncio

---

<sup>430</sup> Em importante cidade do Estado da Bahia, o promotor público, por sinal dos que mais ilustraram a sua classe, juntou, certa feita, aos autos de ação pública por delito de defloração a relação nominal de todos os casais constituídos, de determinada época àquela parte, por força de processo criminal. Pretendia, com isso, demonstrar que os sedutores infestavam a comarca, e cumpria à justiça vigiar, por que não tripudiassem eles, ainda mais, sobre a honra e o crédito das famílias. Não tenhamos dúvida sobre a nobreza da intenção; nada, porém, justificaria, nem os interesses da acusação pública, aquela exumação, em desacordo com o princípio de que o casamento realizado para extinguir a ação penal, ou a condenação, faz adormecido o fato, bem como as suas personagens, em absoluto silêncio.

sobre o fato. Continuar o processo, para serem punidos os co-partícipes, autores ou cúmplices, seria romper esse silêncio, com manifesto prejuízo para a família recém-constituída.<sup>481</sup> O Código é omissivo a respeito, tal como o da Suíça. Existe, aliás, preceito expresso em vários Códigos, o mexicano (art. 270), o belga (art. 371), em relação ao crime de rapto, o italiano (art. 544) etc. Neste último, era imprescindível a norma, visto a regra geral do art. 182, de que, “salvo disposição em contrário da lei, a extinção do crime ou da pena tem

---

<sup>481</sup> No mesmo sentido, MÁRCIO MARTINS FERREIRA, em parecer quando procurador-geral da Justiça, adotado integralmente na 1.ª Câm. Crim. do Tribunal de Justiça de São Paulo, por decisão de 11-8-53 (in *Revista Forense*, 1955, vol. 159, pág. 379). Em decisão denegatória de *habeas corpus*, a 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Guanabara proclamou acertada a sentença de primeira instância que, afirmando a extinção de punibilidade quanto ao co-réu que casara com a mulher estuprada, condenou, contudo, os demais acusados, nos termos da denúncia. Recusou, destarte, a essa isenção penal qualquer comunicabilidade aos outros partícipes do delito, por se tratar, exatamente, de circunstância de *caráter pessoal*. Alegou-se, ademais, que o perdão e o casamento não se confundem como causas extintivas de punibilidade —, causas autônomas que são —, e se ao perdão como à renúncia expressamente deu a lei extensão, assim não procedendo em relação ao casamento, ao intérprete não será lícito fazê-lo. Discordando, circunstanciadamente, dos fundamentos desse julgado, ALCIDES MUNHOZ NETO, em comentário vindo a lume na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 5, pág. 135. Em aplicação acentuatadamente liberal desse princípio de comunicabilidade da causa extintiva de punição pelo casamento do agente com a sua vítima, manifestou-se o Supremo pela cessação do cumprimento da pena de um condenado por falso testemunho prestado em processo de sedução que veio a ter, exatamente, aquele desfecho. A decisão foi objeto de reparo em nota redacional da *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (n.º 12) sob o fundamento de que a isenção de punibilidade do sedutor estende-se, é certo, aos co-autores, embora não seja tranqüila a matéria, mas é tecnicamente incorreto fazer “que essa causa extintiva (que afeta a existência do fato punível) torne inexistente ou impunível um crime (falso testemunho) que se dirige contra outro bem jurídico (a reta administração da Justiça)”.

efeito somente para aqueles a quem a causa de extinção se refere".<sup>482</sup>

Em suma, as diferentes posições conhecidas no tocante à matéria são assim resumidas pelo criminalista argentino ERNESTO URE: uma primeira teoria, dita *restritiva*, pela qual a extinção só aproveita ao autor que se casa com a vítima; outra, *extensiva*, pela qual se admite que possa cessar a ação ou a pena para quantos colaborem no delito, se qualquer deles contrair matrimônio com a ofendida; finalmente, a terceira, *intermédia*, adotando uma alternativa: se o autor casa com a vítima, a isenção a todos aproveita; mas se o matrimônio é com um dos cúmplices, somente a este beneficiará.<sup>483</sup>

112. Para que a punibilidade seja extinta, é necessário que o casamento tenha sido efetivamente realizado. Não basta que o acusado manifeste desejo de casar, ou se mostre inclinado a isso.<sup>484 - 485</sup> Quando muito, tal circunstância, prudentemente apreciada pelo juiz, agiria como atenuação da

---

<sup>482</sup> O projeto ALCÂNTARA MACHADO excetuava do benefício da isenção penal, pelo casamento da ofendida com o agente, os participantes do crime de lenocínio (art. 294, § 3.º). O Código atual, como vimos, não estende a essa figura a dirimente do casamento. Omissis o Código argentino (art. 132), decidiu a Câmara de Apelações Criminais de Buenos Aires que a isenção penal, pelo casamento, beneficia, também, qualquer participante, porque, do contrário, não se alcançaria o objetivo de resguardar a honra da vítima (ver *Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1951, ano VII, n.º 1, 2.ª seção, pág. 25).

<sup>483</sup> ERNESTO URE, *La reforme penal en los delitos contra la honestidad, La Ley*, Buenos Aires, 19-9-1968.

<sup>484</sup> Ver. ac. de abril de 1938, do Supremo Tribunal Federal, in *Arq. Judiciário*, vol. 47, pág. 330: não basta que ofensor e ofendida estejam dispostos a casar para que cesse a ação penal. É preciso que o casamento tenha se realizado. Mais: ac. de outubro de 1940, do Tribunal de Justiça de São Paulo: alegações escritas e verbais, sem a prova do casamento, não justificam o arquivamento do processo, por extinta a ação (*Revista Forense*, vol. 85, pág. 191). Ainda: o texto da lei não deixa margem a dupla interpretação; declara que se extingue a punibilidade "pelo casamento do agente com a ofendida", não fala em *intenção* de se casar. Ver *Crime contra os costumes*,

pena, e tribunais argentinos, no testemunho do ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, assim têm procedido. Estamos, porém, com o ilustre publicista em que essa benevolência é erro. Não porque se trate de circunstância posterior ao crime, em vez de simultânea ou precedente, como, ao seu ver, devem ser as circunstâncias atenuadoras da punição; mas porque o maior ou menor grau de pena, conforme lembra, ficaria dependendo da atitude que o acusado possivelmente assumisse, subordinada, assim, a repressão penal à "vontade ou habilidade do delinqüente".<sup>486</sup>

A atenuação de pena criminal pode decorrer de mera conduta subsequente do criminoso. Pelo nosso Código, é circunstância atenuante "ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências" (art. 48, n.º IV, letra b). Desconhecida do Código de 1890, essa atenuante é de verificação posterior ao crime, e traduz, afinal, uma conduta do agente, indicativa de menor perigosidade individual.

As hipóteses típicas são as numerosas em que o delinqüente, por imediata ação contrária, pode ainda neutralizar, ou, pelo menos, aliviar os efeitos da ação criminosa (o antidoto, ou o paliativo, espontâneos e eficazes, é o que o legis-

---

<sup>486</sup> ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO, *El matrimonio como reparación de los delitos contra la honestidad*, in *Rev. Penal de la Habana*, vol. 3.º, janeiro-março, 1941, pág. 42.

---

HÉLIO DE QUADROS ARRUDA, in *Justitia*, 1952, vol. 12, pág. 80. Ac. de 23 de dezembro de 1953, da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, declarou que, a despeito de manifestação do propósito do agente, se, por qualquer motivo, o casamento não se realiza, deixa de operar-se a extinção da punibilidade (*Revista Forense*, vol. 168, pág. 393).

<sup>485</sup> Num caso de estupro em que agente e ofendida *quiseram* casar, suprimindo, até, com a autorização judicial, a recusa de consentimento do pai da vítima, decidiu o tribunal argentino de Bahia Blanca que não ocorria exclusão de punibilidade, uma vez que o casamento, embora assentado, não se havia efetivado (in *La Ley*, Buenos Aires, 17 de novembro de 1955).



lador quer dizer). Não se ajusta, pois, a atenuante ao caso do sedutor que, cometido o agravo, buscasse, prontamente, o reparo, pelo casamento, preparando papéis, convidando testemunhas, *praticando* outros atos ou providências de sentido inequívoco. . . Espontaneidade de decisão e ação, realidade e eficiência da ação, e tudo bem próximo do crime, seriam os requisitos a examinar, para o reconhecimento da atenuante. Mas se a *consequência*, por exemplo, do crime de defloração é das que se não evitam ou minoram, porque, desvirginada a mulher, não tornará ao estado de virgindade, nem se conhece desse estado graduação (*...virginitas vel castitas corrupta restitui non possit*, já o afirmavam os romanos), <sup>487</sup> a atenuante, tal como inserta no Código, é inaplicável a esse crime, como, em suma, à generalidade dos crimes contra os costumes.

Ademais, nesses casos, raramente poderia ser apreendida, na sua pureza, a intenção do agente, de modo que a habilidade, a serviço da simulação da vontade de casar, acabaria sendo a determinante da punição, inconveniente apontado por DÍAZ DE GUIJARRO. Imagine-se o sedutor que, convencido, antemão, da impraticabilidade do casamento — ato para que é indispensável a vontade da outra parte — se desdobrasse, entretanto, em propostas, e, mesmo, em providências atinentes à sua realização, sem embargo da recusa da vítima. Índice, esse, de menor, ou de maior perigosidade? Se não é tanto, que deva agravar a pena, índice de menor perigosidade é que não será para o efeito de atenuar a penalidade.

Não realizado o casamento, nada influirá, portanto, que o ofensor mostre desejo ou empenho em efetuá-lo; com isso, não melhora a sua situação. <sup>488</sup>

<sup>487</sup> "... conspurcada, não pode ser restituída a virgindade ou a castidade". Código, Liv. IX, tit. XIII, *De raptu virginum*, n.º 1. In GARCÍA DEL CORRAL, ob. e ed. cit., vol. 5.º, pág. 448.

<sup>488</sup> Observe-se, por fim, que o casamento que isenta de pena é o *civil*, e já agora, no Brasil, o religioso a que sejam atribuídos efeitos civis, na forma do art. 167, §§ 2.º e 3.º da Constituição federal vigente. Decorre daí que o casamento meramente religioso do ofensor com a ofendida não extingue a punibilidade, se do ato não

113. O casamento deve ser de vontade do ofensor e da ofendida. Por mais fortes os indícios, não é de presumir, em nenhuma das duas partes, esta vontade. Há de se manifestar formalmente, assim como se requer que seja livre de quaisquer sujeições ou coações.

Sendo a ofendida maior, é claro que o seu consentimento independe de autorização prévia ou ulterior referendo, salvo, naturalmente, os limites de capacidade previstos em lei.

No caso de menoridade, o consentimento é prestado pelo representante legal. Mas, em última análise, a opinião da ofendida é que prevalece, e deve, realmente, prevalecer. Porque, se a licença lhe é negada, cabe-lhe recorrer ao suprimimento do juiz.<sup>489</sup> Contrariamente, se os seus pais ou encarregado aceitam, mas não é do seu agrado o casamento, este não se realizará.

Admitir-se, pois, casamento contra a vontade da ofendida, para livrar de pena o ofensor, seria subversão, no direito penal, dos princípios reguladores do instituto, no direito civil.

Sérios reparos mereceu, por isso, a lei cubana de fevereiro de 1926, declarando extinta a ação, ou a pena, no crime de rapto, quando, comunicado pelo raptor, em juízo, o propósito de casar, deixasse de se efetuar o casamento, por não haver assentido a raptada ou seu representante legal, ou na hipótese de assentimento, por não se haver promovido, dentro de 30 dias, os trâmites para a celebração do ato. O novo Código repeliu, em boa hora, o injusto preceito, que marcava, como

---

<sup>489</sup> Cód. Civil brasileiro, art. 188: "A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz, com recurso para a instância superior".

---

se fizer o registro público, para aqueles efeitos. Por outro lado, o casamento religioso em que tal formalidade inexistiu, não impede o acusado de se consorciar civilmente com a ofendida, para evitar a imposição de pena. Ver decisões, respectivamente, da 1.<sup>a</sup> Câmara Crim. do Tribunal de Justiça de São Paulo e da 3.<sup>a</sup> Câ. Crim. do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, in *Revista Forense*, vol. 164, 1956, págs. 356 (*Jurisprudência Criminal resumida*) e 380.

assinalou JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, um retrocesso da lei no tratamento do crime de rapto.<sup>490</sup>

Mas a ausência de consentimento da parte ofendida não liberta de pena o ofensor, sob a alegação de querer reparar, pelo casamento, o mal, e não poder fazê-lo. O agente oferece à ofendida o casamento, não o impõe a ela. Assim como se beneficia, caso a vítima convenha em casar, assim também sofrerá, e deve sofrer, as consequências todas da recusa.<sup>491</sup>

Por outro lado, desejando o ofensor casar com a ofendida, e esta não se opondo, circunstâncias podem, entretanto, desaconselhar o casamento, como, por exemplo, a flagrante desigualdade social dos nubentes. A antiga legislação portuguesa considerava a espécie, dispondo que o autor de defloração se liberava, pelo casamento, da pena criminal, quando fosse de *condição* para casar com a ofendida.<sup>492</sup> Compreende-se a ressalva, pelas hierarquias em que se dividia a sociedade da época. Hoje, ninguém se animaria a pleitear na lei esse impedimento; mas, em caso concreto, a desigualdade social entre ofensor e ofendida pode representar, ao prudente critério dos interessados e do juiz, circunstância proibitiva do casamento, não pela desigualdade em si, mas pelo constrangimento moral para a mulher, que somente teria a perder, enquanto o seu sedutor, além de beneficiado com a liberdade, somente teria a lucrar.

O Código cubano reconhece à mulher razões para recusa do casamento quando lhe seja o réu totalmente repugnante, quando criminoso habitual, reincidente, etc., ou quando por-

---

<sup>490</sup> J. AGUSTÍN MARTÍNEZ, in *Rev. Penal de la Habana*, vol. 2.º, julho-agosto, 1940, págs. 83 a 86.

<sup>491</sup> Não serve de escusa ao agente, nos crimes sexuais, querer casar e a ofendida não qucrer: sentença do Juízo de Direito de Ibitinga (São Paulo), in *Revista Forense*, 1948, vol. 119, pág. 248.

<sup>492</sup> Ordenações, Liv. 5.º, tit. 23: "Mandamos, que o homem, que dormir com mulher virgem, per sua vontade, case com ella se ella quizer, e se for convinhavel, e de condição para com ella casar". In CÂNDIDO MENDES, ob., vol. e ed. cit., págs. 1.172 e 1.173.

tador de índice permanente de perigosidade.<sup>493</sup> MARTÍNEZ, no comentário já citado, menciona negativas de casamento fundadas em antecedentes penais, enfermidade incurável, condições étnicas do raptor. Na recusa pelo primeiro fundamento, alegava o pai da ofendida que todos, depois do fato, lhe noticiavam os precedentes criminais do ofensor, quando, antes, ninguém os havia referido. A explicação, pela sua mesma simplicidade, revela quanto é verdadeira.<sup>494</sup>

Em determinado processo no foro da Bahia, a ofendida baseava a recusa ao casamento na circunstância de o ofensor, na própria petição em que propunha casar-se, insistir em negar a autoria do defloramento. Tal proceder parecia à ofendida o melhor indício de que o propósito do sedutor era, apenas, conseguir, pelo casamento, a isenção da penalidade. As razões da recusa foram consideradas pela justiça inteiramente procedentes.<sup>495</sup>

114. Afora esses embaraços, erguidos pela ofendida, ou pelo seu representante legal, no direito de livre consentimento para o ato, outros ocorrem, por igual irremovíveis, e resultantes de proibições ou restrições impostas pela lei civil.

---

<sup>493</sup> Em tais circunstâncias, a reparação pelo casamento pode ser substituída, a critério judicial, por uma compensação pecuniária.

<sup>494</sup> No foro de São Paulo, em caso de suprimento de consentimento paterno para o casamento de menor deflorada, alegava o pai, negando a licença, “ser a sua filha ainda muito criança, desobediente e um tanto leviana, motivo pelo qual procurava evitar uma infelicidade futura”. Tais motivos, decidiu o esclarecido juiz de menores, depois desembargador EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, eram inteiramente problemáticos e caprichosos, não justificando, em absoluto, a recusa, tanto mais que o casamento visava a salvaguardar a honra da própria filha. Ver EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, *Tudo pelos Menores*. São Paulo, 1942, pág. 37.

<sup>495</sup> Na proposta de casamento, para extinção da ação penal, declarava o pai do indigitado não haver este cometido o crime, sendo assim injustamente acusado. E explicava: “...mas não podendo continuar a viver segregado da sociedade e fora do convívio dos seus e mais ainda impossibilitado de trabalhar e adquirir o ne-

Também aqui não poderá valer-se do contratempo o ofensor, para pretender a isenção de pena, alegando a impossibilidade de reparar, como desejava, o mal. Assim, casado, por exemplo, o autor de um defloramento, o seu casamento com a ofendida é impraticável. Sendo casada a mulher vítima de um rapto, o seu casamento com o raptor também é irre realizável. Em ambas as hipóteses, torna-se inevitável a penalidade. Mas, se, na primeira hipótese, o agente enviuvou, ou, na segunda, enviuvou a mulher, ou se, em qualquer dos casos, vier a ser anulado o matrimônio, já o ofensor está em condições de oferecer à ofendida o casamento, para não sofrer a pena.<sup>496</sup>

Livre, como precisa ser, o assentimento, tem inteira aplicação a regra civil de que só as pessoas não-coactas e as capazes de consentir, ou de manifestar inequivocamente o consentimento, podem casar (art. 183, n.º 9, do Cód. Civil

---

<sup>496</sup> O Cód. Civil (art. 183, n.º 8) proíbe o casamento do cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte. Neste caso, excepcional na espécie, o casamento não seria possível.

---

cessário para sua subsistência e de sua família, resolveu contrair matrimônio com a suposta ofendida e por este meio obter o arquivamento do processo e o conseqüente cancelamento do mandado de prisão já expedido contra sua pessoa". Diante dessas razões, concluiu a Justiça que "o casamento era proposto, não para reparar o mal causado, mas simplesmente como meio de se libertar o paciente do processo e da prisão". E sancionou a recusa da ofendida. Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de janeiro de 1935, no recurso de *habeas corpus* n.º 25.713, da Bahia, relator o ministro HERMENEGILDO DE BARROS in *Rev. de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. II, maio, 1936, pág. 249. A decisão do Tribunal de Apelação da Bahia, que ensejou o recurso de *habeas corpus* para a Corte Suprema, está na íntegra na *Rev. dos Tribunais*, Bahia, vol. 28, n.º 4, janeiro-fevereiro, 1937, págs. 376 a 382. Afirma, em suma, o relator do acórdão, desembargador PAULO TEIXEIRA, que "o fim da reparação é constituir o lar, o que faz dirimir a pena. Acima do interesse da acusada está o da sociedade pelo restabelecimento da ordem legal violada. Seria um direito do ofensor a reparação, se fosse um dever da ofendida dar o seu consentimento".

brasileiro). Com isso, porém, não se beneficiará o acusado, obtendo, sem o casamento, a isenção.

A incapacidade é presumida pela nossa lei civil na mulher menor de dezesseis e no homem menor de dezoito (art. 183, n.º 12, do Cód. Civil). Abaixo desse limite de idade, o casamento só é possível para evitar, exatamente, a imposição da pena (art. 214). Não se deve, entretanto, levar a sábia exceção aos exageros que têm sido testemunhados, constantes de consórcios que se realizam estando um dos nubentes em tenra idade.<sup>497</sup> O desembargador PAULO TEIXEIRA registra o fato de um casamento em que a ofendida, de cinco para seis anos, estuprada por um menor de doze anos, compareceu ao ato carregada nos braços maternos!<sup>498</sup>

Quanto às incapacidades não presumidas, qualquer delas, impedindo o casamento, afasta a isenção penal. Assim a loucura, seja da ofendida, seja do delinqüente. Mas voltando à sanidade mental o criminoso, ou a vítima, o casamento é possível, visto que cessou o impedimento.

Avulta de importância a matéria quando o vício do consentimento decorre de coação. Entendem muitos que o consentimento do agente do crime, que vem a casar com a

---

<sup>497</sup> PAULO TEIXEIRA, *O Título VIII do Código Penal*, Bahia, 1924, pág. 233.

<sup>498</sup> Contaram ao ilustre magistrado e publicista que a ofendida foi para a sala das audiências carregada por sua mãe, e em vez de responder às perguntas que lhe dirigia o presidente do ato, abriu em choro. A explicativa para casamento nestas condições reside no preceito do Cód. Civil, que, autorizando o casamento abaixo do limite de idade, quando para isenção penal, concede ao juiz a faculdade de ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal (art. 214, parág. único). Raciocina-se, por certo, que, determinada a separação de corpos dos nubentes infantes, não haveria mal no casamento... Decidiu o Tribunal da Relação do Estado do Rio, em 1898, que, sendo essencial para a validade do casamento a anuência dos contraentes, não se poderá efetuar, com o fim de evitar a imposição de pena, se a ofendida for da tenra idade de nove anos e nenhum desenvolvimento intelectual tiver. Ver BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., pág. 479; VICENTE PIRAGIBE, ob. e ed. cit., vol. 1.º, pág. 134, n.º 444.



vítima, jamais revestirá a qualidade de espontâneo. Ao ver desses autores, o temor da pena implica, só por si, independente de qualquer causa exterior, um constrangimento invencível, eivando de nulidade o ato assim celebrado. Há, seguramente, erro de apreciação. O casamento é ensejo que a lei proporciona ao ofensor para saldar a sua obrigação, dispensada, assim, a pena criminal. É, pois, um meio que o agente escolhe, como podia deixar de escolher, optando pela pena. É generalizar demasiado afirmar que o ofensor que casa com a ofendida fá-lo sempre coagido, sob o acicate da pena em perspectiva. Se o casamento é logo após o delito, a pena ainda é fato afastado, mera conjectura. Se é muito depois do crime, à evidência da condenação próxima e certa, então o agente já confrontou os prós e os contras, e, decidindo-se pelo casamento, não é o medo da pena que o sobressalta, mas a certeza da conveniência de casar, que o inspira na escolha.<sup>499</sup>

A coação, em regra, não é de presumir; há de existir como um estado de fato, a ser provado, para o efeito de posterior anulação do ato. Se é possível a violência sobre a mulher, para que consinta no casamento, não é esta a forma mais comum de coação, pelo menos nas crônicas judiciais brasileiras, refertas, ao contrário, de casos de coação sobre o agente, e muitas vezes sobre indivíduo sem qualquer responsabilidade no crime. Influência social ou política da família da ofendida, promessa de represálias físicas, ameaças

---

<sup>499</sup> Quem, voluntariamente, casa com a ofendida, alegando reparar, com isso, o mal que lhe fez e por que foi sentenciado — obtendo, consequentemente, a extinção da punibilidade —, não pode, obviamente, pleitear, depois, no juízo cível, a anulação do ato, a pretexto de que o praticou sob coação do cumprimento de pena. A coação que invalida os atos jurídicos é a injusta, isto é, a exercida contra o direito, não se caracterizando como tal a execução de uma condenação imposta em processo regular, onde o postulante confessou, até, a sua culpa, tanto que se propôs a redimi-la, pelo casamento. Assim decidiu, de uma feita, em acórdão unânime, a 1.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (*Revista Forense*, vol. 177, pág. 222).

policiais, veladas ou ostensivas, todo um ambiente de insegurança pessoal e de intranquilidade se condensa em torno do agente, qual círculo de fogo, de que a saída é o casamento. A vida quotidiana brasileira apresenta numerosos exemplos desses casamentos, ditos *na polícia*, anuláveis depois, pela via competente, sob o sério fundamento de coação.<sup>500</sup>

Num dos mais curiosos desses episódios, o delegado de polícia do lugar, servindo de testemunha, da noiva, — em reconhecimento, naturalmente, dos serviços prestados, — nem consentiu que o noivo casasse de gravata preta, trocando-a por uma de cor, que mandou buscar, e lhe parecia, de certo, menos fúnebre... O caso, nas suas linhas gerais, era trivial de coação, mas com a singularidade de serem impostas à "vítima" do casamento as próprias regras da indumentária matrimonial... ao gosto de quem as podia ditar.<sup>501</sup>

Outras vezes, a própria lei presume o constrangimento, e veda, por isso, o ato nupcial. É o caso de não ser lícito ao raptor casar com a raptada, "enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro" (art. 183. n.º 10, do Cód. Civil brasileiro).

Evidentemente, esse requisito civil da restituição da raptada, peculiar ao casamento consecratório de rapto, prevalece mesmo na hipótese de casamento para isenção de pena, quando criminoso o rapto. Não o diz o nosso Cód. Penal, como o diz, aliás, o Código argentino.<sup>502</sup>

Seja o rapto punível, ou não, criminalmente, o casamento que a ele sucede subordina-se, sempre, para valer, às pres-

---

<sup>500</sup> O Superior Tribunal do Amazonas, por acórdão de 1927, mandou arquivar um inquérito policial, em virtude do casamento, sem embargo das alegações do acusado de ter sido obrigado a casar-se (V. PIRAGIBE, ob., vol. e ed. cit., pág. 141, n.º 458). A decisão estava certa; ao acusado é que competiria, depois, na via civil, provar a coação e consequentemente anular o casamento...

<sup>501</sup> Apelação cível da cidade da Barra (Bahia), n.º 7.845, de 1942.

<sup>502</sup> Art. 132: "... ficará isento de pena o delinquente se casar com a ofendida, dando ela o seu consentimento, *depois de restituída à casa de seus pais ou a outro lugar seguro*".

crições de ordem civil. Acresce que o critério do rapto como impedimento matrimonial entre o raptor e a raptada, nos termos fixados na nossa lei civil, corresponde à presunção de que o consentimento da raptada é um consentimento “extorquido”, enquanto o raptor não a houver colocado fora do seu poder, e em lugar seguro.<sup>503</sup> Não haveria, assim, razões para a inexistência da condição, em se tratando de rapto delituoso. Como vimos, a liberdade de consentimento de ambos os nubentes continua sendo essencial, aqui, por forma a que qualquer oposição ou restrição ao seu inequívoco manifestar invalida o ato. E só o casamento *válido* isenta de pena o agente do crime.

115. Nulo ou anulado o casamento, a ação penal, desde que não prescrita, retoma imediatamente o seu império, para a punição do criminoso. Patrocinar o contrário seria sancionar uma imoralidade, concorrendo o casamento somente para a impunidade do acusado, não satisfeito o fim, que o recomenda e legitima, de reparação moral à mulher ofendida. Um lance de inteligência ou de audácia do sedutor poderia conduzir a esse desfecho, em contraste com o espírito e a finalidade da isenção. Cauteloso, dispõe o Código mexicano (art. 270) que o casamento extingue a ação penal, *salvo se for declarado nulo*.

Há julgado brasileiro nesse sentido, e bastante interessante, pelos rememorativos do fato: o defloramento ocorreu em fins de 1929, e em janeiro de 1931 casaram-se ofensor e ofendida. Aquele, porém, sem perda do curto prazo prescricional, instaurou a ação anulatória do casamento, por coação; foi o pedido acolhido, e decretada a nulidade, isto em abril de 1932. Dois meses depois dessa decisão cível, o Ministério Público local denunciou o sedutor como incurso nas penas do art. 268 do Código (estupro, no velho Código). Pronunciado, e expedido mandado de prisão, — contra esse cons-

<sup>503</sup> Ver EDUARDO ESPINOLA, *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1922, vol. 2.º (*Do Direito de Família*), pág. 97; CLÓVIS BEVILÁQUA, *Direito da Família*, 3.ª ed., Recife, 1908, pág. 80.

trangimento, dito ilegal, foi impetrado *habeas corpus*, fundado em que a ação penal estava extinta, pelo casamento, cuja invalidade pouco importava ao caso (*sic*). Não esteve pela extravagante tese o Supremo Tribunal Federal, e confirmou a decisão originária, assentando, em voto unânime, que “o casamento tornado insubsistente por ter sido declarado nulo, não pode isentar o culpado da ação penal, enquanto não prescrita, para subtrai-lo ao possível sofrimento da penalidade que porventura merecer”. “Do contrário”, — acrescentava —, “esse ato seria assim realizado tão-somente em fraude da lei, praticado com a finalidade única de iludi-la, para conseguir-se uma situação de impunidade fora dos termos por ela prescritos”.<sup>504</sup>

Não é outra a conclusão, quando de ação privada o crime, muito embora o reduzido lapso de seis meses assinalado à instauração do processo. Duas hipóteses se impõem, então, ao exame do jurisperito: ou o prazo legal se esgotou, sem o oferecimento da queixa, decaindo, portanto, do seu direito de ação a parte ofendida, ou a queixa foi formulada dentro do prazo.

Na primeira hipótese, a eventualidade da anulação do casamento — ainda que este, realizado, houvesse sido o motivo particular determinante da omissão da queixa — não tem força de revalidar o prazo, decorrido na totalidade, e, pois, em definitivo. Para tal efeito, seria mister preceito expresso na lei, como é o do Código suíço, de que o prazo para a raptada (a hipótese prevista no Código é a de rapto) apresentar queixa corre a partir do dia em que, a seu pedido, tiver sido decretada a nulidade do seu casamento com o raptor (art. 183, inc. 2.º).

Na outra hipótese, isto é, dada a queixa no período útil, mas extinto o procedimento, pela ocorrência do casamento,

---

<sup>504</sup> Dessa importante decisão, datada de outubro de 1936, e inserida, na íntegra, no vol. 40, pág. 237, do *Arq. Judiciário*, foi relator o ministro BENTO DE FARIA, reconhecidamente um dos expoentes do nosso direito penal.

se este vier, depois, a anular-se, a parte ofendida recupera o seu direito de ação. Então, uma simples ratificação ou renovação da queixa poria de novo em movimento a ação.

O casamento teria agido, dessarte, como condição *suspensiva*. Concretizando: cometido o defloramento em 20 de junho de 1942, — nesse mesmo dia conhecido o seu autor —, em 20 de dezembro teria a parte ofendida decaído do seu direito de queixa, *ex vi* do art. 105 do Código; acontece, porém, que em 20 de setembro fora a queixa apresentada, — daí resultando o casamento, efetuado em 20 de outubro, com o que a ação penal paralisou, por extinta. Em 20 de janeiro de 1943, entretanto, já vencido o prazo para a queixa, o agente promove a anulação do casamento, e vence na pretensão, tempos depois. Anulado o casamento, é como inexistente, não vingando, pois, o seu efeito de isenção penal. Se exigíssemos da parte ofendida, para que o processo criminal continuasse contra o ofensor, a apresentação de nova queixa, ou mesmo, uma simples ratificação, é claro que da anulação do casamento não correria o antigo prazo por inteiro, mas o que dele restasse, vale dizer, o período entre a data do casamento (20 de outubro) e a data de término (20 de dezembro), ou sejam, dois meses.

Mas em verdade, oferecida, como foi, a queixa, a prescrição em curso passou a ser a da ação, submetida aos lapsos ordinários, pois que a decadência do direito de ação e a prescrição da ação são institutos diversos.

Assim, depois de anulado o casamento, pode reiniciar-se o procedimento criminal, desde que não prescrita a ação penal, seja pública, seja privada, correndo, então, a parte queixosa. no último caso, os riscos da perempção, pela forma prevista em lei.<sup>505</sup>

116. Resta considerar o casamento da ofendida com terceiro, estranho ao crime. Pelo enunciado do inciso legal, o

---

<sup>505</sup> Em decisão de 24 de setembro de 1959, a 1.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal acertou que se após três meses de vida conjugal resolve o marido propor a ação civil, para a anulação do seu casa-

casamento que exclui a penalidade é o do *ofensor*, não o de outra pessoa.

Durante meio século de vigência do Código anterior, a questão esteve controvertida, na doutrina e no seio dos tribunais. O dispositivo atual não permite dúvida: extingue-se a punibilidade pelo *casamento do agente com a ofendida*, é o seu texto.

Nada impede, entretanto, que o debate doutrinário persista. Trata-se de ponto delicado, pela multiplicidade de aspectos que reveste, provocando critérios vários de apreciação. As correntes opostas que se formaram no país contaram, sempre, com figuras prestigiosas, dentre postulantes e judicantes. Os julgados refletiam, pelo brilho da argumentação, a autoridade desses pareceres.<sup>506</sup>

---

<sup>506</sup> O *casamento da ofendida com terceiro não encerra a ação penal*: Tribunal da Bahia, em 1910 (*Jurisprudência*, 1912, vol. 1.º, fasc. 1.º, pág. 50); de Pernambuco, em 1919 (PIRAGIBE, ob. e ed. cit., vol. 1.º, n.º 451); do Acre, em 1924 (ob. cit., vol. 1.º, 457, 1.º, suplemento, ns. 3.007 e 3.008); de São Paulo, em 1928 (ob. cit., 1.º suplemento, n.º 3.009), e em 1940 (*Revista Forense*, vol. 85, pág. 790); de Belo Horizonte, em 1934 (PIRAGIBE, ob. cit., 2.º suplemento, n.º 4.436); 3.ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 1920 (ob. cit., vol. 1.º, n.º 453); do Supremo Tribunal Federal, em 1920 e 1921 (ob. cit., vol. 1.º, ns. 454 e 455, *Revista Jurídica*, vol. XXIV, n.º 70, pág. 47). O *casamento da ofendida com terceiro encerra a ação penal*: Tribunal do Maranhão, em 1916 (PIRAGIBE, ob. cit., vol. 1.º, ns. 449 e 450); 3.ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 1913 (GALDINO SIQUEIRA, ob. e ed. cit., pág. 434); Tribunal do Paraná, em 1931 (PIRAGIBE, ob. cit. 1.º suplemento, n.º 3.010); 1.ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, em 1932, concluindo pela necessidade da ratificação da ação, por parte do marido (*Arq. Judiciário*, vol. 23, pág. 285); 1.ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, em 1939 (*Justitia*, vol. II, fasc. I, pág. 130).

---

mento, sob o fundamento de que a ele foi coagido, justo é que se permita a propositura da ação penal privada, desde que não vencido o prazo legal de decadência, tanto mais quanto, no caso concreto, o casamento antecederá a apresentação da própria queixa, inexistindo, pois, qualquer declaração judicial de extinção da punibilidade (*Diário de Justiça*, agosto de 1961).



Os que só ao casamento do criminoso atribuem efeito dirimente, negando-o ao casamento de terceiro, pensam que muito maior do que o mal de devassar, com o prosseguimento do processo, o novo lar, — a que outrem, ciente ou inscientemente, deu o seu nome —, é o mal da impunidade, que estimula os sedutores, alarma a sociedade, põe em risco a honra das famílias... Os ricos e os poderosos seguiriam, sem nenhum estorvo, na obra de corrupção, porque os recursos pecuniários lhes facilitariam ter sempre ao alcance um marido que, casando com a vítima, lhes assegurasse a impunidade, a eles, os verdadeiros sedutores.<sup>507</sup> Adverte-se, mais, que o casamento da ofendida com pessoa estranha ao crime não modifica a situação do réu, nem faz desaparecer o delito, de modo que o acusado continua a ser criminoso, e subsiste, portanto, a razão da penalidade.<sup>508</sup>

Dessa corrente participou, relatando acórdão que se tornou padrão, pela limpidez e segurança de conceitos, tão características das suas decisões, o antigo ministro PEDRO J. DOS SANTOS, do Supremo Tribunal Federal. A seu ver, “a reparação única adequada ao caso, única possível perante o direito e a moral, é a do casamento da ofendida com o próprio criminoso”.<sup>509</sup>

VIVEIROS DE CASTRO encarnou, em dado momento, a outra corrente. Colhido, na presidência de uma sessão de júri,

<sup>507</sup> Acórdão de 8 de abril de 1919, do Superior Tribunal de Justiça de Pernambuco, *in* PIRAGIBE, ob. e ed. cit., vol. 1.º, 135, n.º 451.

<sup>508</sup> Voto vencido do desembargador CLOTÁRIO PORTUGAL, no Tribunal de Justiça do Paraná, acórdão de setembro de 1931, *in* PIRAGIBE, ob. cit., 1.º suplemento, 1934, pág. 74, n.º 3.010. Argumentava, ainda, esse voto que o fato de haver a ofendida casado com terceiro não indica a regeneração do acusado, nem significa que a ofendida se livre da “maledicência pública”.

<sup>509</sup> Acórdão em recurso de *habeas corpus* n.º 6.754, de Minas Gerais (*Rev. Jurídica*, vol. XXIV, n.º 70, outubro de 1921, pág. 47). Nessa decisão, o ministro PEDRO DOS SANTOS reafirmava o pensamento já manifestado em aresto de setembro de 1910, no Tribunal de Apelação da Bahia (ver *Jurisprudência*, 1912, vol. 1.º, fasc. 1.º, pág. 50).

pela preliminar de perempção da ação penal, suscitada pelo advogado de defesa, sob o fundamento de estar casada a ofendida, embora com outrem, resolveu pela perempção, e as considerações que desenvolveu, expondo, sem dubiedade, seu pensamento, passaram a inspirar muitos dos julgados no mesmo sentido. “O marido” — acentuava VIVEIROS — teve a generosidade de esquecer e o cavalheirismo de perdoar o passado e somente pede ao tempo esquecimento. Como avivar hoje com este debate a recordação de coisas penosas, como devassar um lar e arrancar dele a honra de uma senhora casada, para expô-la à discussão?”<sup>510</sup>

Nessa mesma ordem de idéias, o desembargador, depois ministro, GOULART DE OLIVEIRA, aventou a questão na 1.<sup>a</sup> Conferência Brasileira de Criminologia, reunida em 1936 no Rio de Janeiro, com a finalidade de crítica e sugestões ao Projeto de Cód. Penal de 1935. Sustentando a tese de que o casamento da ofendida extingue o delito de defloração, o douto magistrado recordava os termos de uma promoção proferida em 1920, quando representante do Ministério Público, e na qual requerera o arquivamento do processo, porque “casada a vítima com terceiro, se por um lado há um

---

<sup>510</sup> MELO MATOS, advogado da defesa, pedia a perempção da causa, visto que a ofendida tinha casado, e “desta data em diante só o marido poderia representá-la em juízo”, “porque com o advento do poder marital cessou o pátrio-poder”, e o marido da ofendida não fora sequer ouvido sobre a conveniência de prosseguir a ação. O Dr. FERREIRA VIANA FILHO, advogado do querelante, no caso o pai da ofendida, contestou o alegado, por entender que, não se tendo o marido oposto expressamente à continuação do processo, valia o seu silêncio como aprovação tácita. Com o ponto de vista da defesa, ficou a Promotoria Pública, representada por ESMERALDINO BANDEIRA: “o casamento do ofendida” — afirmava — “extinguiu o poder pátrio, substituindo-o pelo poder marital. Hoje, perante a justiça, o representante da ofendida é o seu marido, e como não se fez ele representar, como não caiba na hipótese a intervenção do Ministério Público, é lógico que a causa deve ser julgada perempta”. O interessante debate oral consta, na íntegra, do vol. *Sentenças e Decisões em Matéria Criminal*, de VIVEIROS DE CASTRO, ed. cit., págs. 148 a 161.

delinqüente a punir, há do outro um lar constituído, a honra de uma família a zelar e a sociedade não tem o direito de abandonar este último interesse para satisfazer o primeiro, quando neste o que visava proteger principalmente era essa mesma honra da mulher vitimada”. O princípio obteve voto unânime da assembléia, com o apoio formal do ilustre advogado criminalista BULHÕES PEDREIRA, um dos relatores da-quele projeto.<sup>511</sup>

Para uma solução que concilie o interesse público da punição, com o interesse particular de silêncio em torno do fato, é mister que o assunto seja encarado sem preocupações sentimentais, ou descabidos preconceitos.

Lembra-me que, nos primeiros tempos de atividade profissional, numa das interinidades de promotor público na capital da Bahia, tive em mãos um processo de ação pública por defloração, que se arrastava em lentidão injustificável. Solicitadas explicações, não houve reservas, nelas: a ofendida casara com terceiro, sabedor, antes de casar, da sua condição de deflorada; e todas as informações, críveis, apontavam como absolutamente feliz a vida do casal. Ninguém, então, se animava — foi o que percebi de sinceridade humana, nos serventuários modelares em zelo e probidade — ninguém se animava a perturbar aquela tranqüilidade conjugal, em que marido e mulher haviam sepultado a lembrança do erro, que lhes não fora comum. Desse esquecimento, afinal, somente benefícios recolheriam a possível prole, e a própria sociedade.

---

<sup>511</sup> Disse o Dr. BULHÕES PEDREIRA ser irrecusável a procedência da conclusão do desembargador GOULART DE OLIVEIRA, observando apenas que a fórmula a adotar-se no projeto poderia ser concisada para abranger *todos os casos de casamento da mulher deflorada a que sobrevenha o interesse familiar, exigindo silêncio sobre o crime*. Prepenha, pois, como substitutivo, que se dissesse: “Com o casamento da ofendida extingue-se o crime de defloração”. Esse substitutivo foi aprovado por unanimidade. Ver *Sugestões Oferecidas ao Projeto n.º 118-A, de 1935 (Código Criminal), pela 1.ª Conferência Brasileira de Criminologia*, Rio de Janeiro, 1937, págs. 197 e 198.

Mas, impressionado com o caso, quis escutar do pai da ofendida a palavra definitiva sobre o destino da filha, como que buscando, no que me parecia provável desinteresse de punição do ofensor, o incentivo para me acumpliciar também com aquela omissão de diligência, tão compreensível, e, talvez, mesmo, louvável. Confirmadas, pelo melhor dos testemunhos, as circunstâncias conhecidas, inclusive a da ventura e confiança doméstica, surpreendeu-me, entretanto, a violência de palavras com que o pobre pai, não esquecido da afronta, acusava, rudemente, o “miserável” que lhe roubara a honra da filha, e implorava a Deus mais vida para vê-lo pagar, como merecia... Nessa incoercível explosão vibrava, nas suas formas primitivas, o instinto de vingança, que os séculos de cultura não têm feito senão amortecer na natureza humana. Não seria esse um caso em que o direito, proporcionando o castigo desejado pela parte ofendida, no seu papel de *pater familias*, iria colidir com a realidade viva, sobrepondo-se aos fatos, transcendendo aos reclamos da justiça social?

Serve o episódio para mostrar o desacerto de soluções e critérios preconcebidos, quando, na matéria, a todo momento, as variantes da psicologia humana desautorizam os mais previdentes legisladores e desorientam esclarecidos juízes.

Contestar, por exemplo, a conveniência de encerrar-se a ação penal, quando a ofendida case com terceiro, porque a impunidade, assim facilmente obtida, acoroçoaria os sedutores ricos, é considerar a questão num só dos seus aspectos, sem dúvida grave, mas longe de ser o exclusivamente grave. Também sedutores pobres, a quem os empenhos de amizades e razões habilidosas de advogados convencem da vantagem do casamento, para se eximirem da pena, inevitável, representam, comumente, a cena de uma união apenas de fachada, adrede preparada para esse efeito, como o único recurso, que é, contra a punição, e a melhor satisfação, que se diz ser, à sociedade. Em verdade, porém, a aversão é, às vezes, tão profunda, que impossibilita a convivência, que não vingará. Mas a lei patrocina o artifício, chumbando um ao

outro, pelo resto da vida, os infelizes consortes, praticamente divorciados, não obstante indivorciáveis, no Brasil, para cúmulo de desventura.

Nem se perca de vista que o interesse da sociedade é o casamento da ofendida. Interesse preferente ao da punição do sedutor, tanto que nos crimes contra os costumes a regra é a queixa privada, com a sua relevante consequência, o perdão. Do ponto de vista social, propriamente, não importa case a ofendida com o ofensor, ou com estranho. A família está constituída, sob a égide da lei, respeitada, sobretudo, a liberdade de escolha, essencial à validade de atos dessa natureza.<sup>512</sup> Seria razoável que a sociedade impusesse à mulher o casamento com o seu ofensor, sob pena de não fazer recair sobre sua culpa o silêncio providencial? Quantas vezes, diminuído moralmente aos olhos da ofendida, repellido no mais íntimo do seu ser, é o sedutor o menos apto para lhe oferecer o conforto moral de que necessita, e que não encontrará no lar que inconfessáveis desígnios edificaram? Quantas vezes, por isso, o casamento com outro que não o ofensor significa a felicidade e a tranqüilidade da mulher? Não deve a sociedade, por excessivo apego a critérios preestabelecidos, furtar-se à evidência de tais aspectos, sob que se apresenta a melindrosa questão.

Isto posto, apreciada a matéria simplesmente à luz da reparação moral da ofendida, a única reparação adequada, como se exprime o ministro PEDRO DOS SANTOS, é a do casamento com “o próprio criminoso”. Não se compreenderia que

---

<sup>512</sup> Depois de acentuar que os que negam efeito extintivo de punibilidade ao casamento da ofendida com terceiro firmam-se no preceito legal da irretratabilidade da representação (art. 104 do Cód. Penal), JOÃO DE OLIVEIRA FILHO levanta a tese de que essa “irretratabilidade” está revogada tacitamente, por sua incompatibilidade com o princípio da Constituição, de que a família tem a proteção especial do Estado. Não se compreende — argumenta — que haja “proteção da família, quando se permite que seja ela discutida no ponto essencial de sua constituição, discussão a despeito da vontade do casal, ou do cônjuge que tenha sua representação” (ver *Casamento da ofendida com terceiro*, in *O Jornal*, Rio, 14-1-50).

outro, estranho, por completo, ao crime, nem, ao menos, conivente nele, pudesse prestar uma tal satisfação.

Mas esse casamento, pela indisfarçável repercussão de ordem legal, moral e econômica na vida da mulher, cria um estado a cujas conseqüências imediatas o direito não pode, absolutamente, fugir, pelo dever, que lhe cumpre, de presidir às relações entre os indivíduos, na sociedade. O caso não é de reparação moral, que extinga o crime, ou a pena, mas de impedimento natural ao exercício da ação penal, impedimento que as razões morais e sociais, expostas precedentemente, justificam do ponto de vista jurídico e legal.

Assim, o casamento da ofendida com o ofensor produz o efeito mais lato, qual o de extinguir, tanto o crime, como a pena, ao passo que o casamento com outro que não o ofensor é causa extintiva da ação, e não da pena. Iniciada a ação pelo representante legal da ofendida, o casamento desta modifica, inegavelmente, a sua situação, pois que outro, agora, é o seu representante legal, o marido. A omissão deste em ratificar os termos da queixa e manifestar o propósito de seu prosseguimento opera, fatalmente, a extinção da ação, por ausência de qualidade em quem a promove.<sup>513-514</sup> Procede a conclu-

---

<sup>513</sup> Fica perempta a ação penal, pelo casamento da ofendida com terceiro: ac. da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na apelação n.º 7.162, in *Arq. Judiciário*, 1944, vol. 69, pág. 361. Contrariamente, isto é, o casamento da ofendida com terceiro não extingue a ação penal, no crime de sedução, ac. de 28 de maio de 1947, do mesmo Tribunal, que o Supremo Tribunal Federal reafirmou, por acórdão de 22 de outubro do mesmo ano, no recurso de *habeas corpus* n.º 29.885. Foram vencidos, neste, os ministros CROZIMEO NONATO, CASTRO NUNES e BARROS BARRETO, e, no Tribunal local, os desembargadores EDGAR PEDREIRA e OSMUNDO NÓBREGA. O relator da matéria na superior instância, ministro EDGAR COSTA, confirmou pronunciamentos seus, anteriores, no sentido de que, em se tratando de ação movida pelo Ministério Público, por ser miserável a ofendida, o casamento desta com outro que não o seu ofensor cria a ilegitimidade da parte, para prosseguir no processo, ou seja, do Ministério Público. Essa solução, porém, não lhe parece, hoje, autorizada pelo disposto nos arts. 104 do Cód. Penal e 42 do Cód. de Processo Penal, aquele declarando irretratável a representação depois de iniciada a



são, mesmo em relação aos casos de denúncia do Ministério Público, em virtude de miserabilidade da ofendida ou de seu representante legal. O casamento da vítima altera a sua condição de miserabilidade, que fora motivo, oportunamente, para a intervenção do promotor público. O papel que este desempenha, no caso, é, verdadeiramente, o de *assistência judiciária*, como muito bem assinalou a 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo: “casando-se a ofendida, não se sabe se ela continua ou não miserável”.<sup>515 - 516</sup>

<sup>515</sup> *In Justitia*, vol. II, fasc. I, novembro, 1940, fevereiro, 1941, págs. 130 a 132. Acórdão de 11 de dezembro de 1939, da 1.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, relator o desembargador FERREIRA FRANÇA. Foi voto vencido o desembargador AZEVEDO MARQUES, considerando que o terceiro, que casou com a ofendida, “não tem o direito de se opor à continuação do processo, a pretexto de evitar uma devassa e escândalo em torno da família que constituiu. E não tem esse direito: 1.<sup>o</sup>, porque, quando ele se casou com a ofendida, o crime contra essa já era de ação pública, equiparado aos crimes de interesse mais público que privado; 2.<sup>o</sup>, porque, de duas uma, ou esse terceiro, ao se casar com a ofendida, já sabia da situação delitosa, ocorrida com aquela, e, nesse caso, aceitou o fato consumado

ação, e está proibido ao Ministério Público desistir da ação. No voto que proferiu, o ministro CASTRO NUNES sustentou que o objetivo supremo da lei, em tais casos, é o interesse da mulher seduzida, e, assim, menos punir o ofensor do que prestigiar o casamento, como elemento de definição da família legítima (ver, respectivamente, *Revista Forense*, 1948, vol. 117, pág. 274, e *Diário da Justiça*, de 31 de agosto de 1949, pág. 2.501).

<sup>514</sup> O casamento da ofendida com terceiro não é causa extintiva de punibilidade: ac. de 24-9-51, da 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Revista Forense*, vol. 139, *Jurisprudência Criminal Resumida*, pág. 399); ac. de 11-5-51, da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*Revista Forense*, vol. 151, pág. 453); ac. de 26-9-1952, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará (*Revista Forense*, vol. 152, pág. 441); acs. da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 30-5-52 e de 1-3-51, e das suas Câmaras Criminais Conjuntas, de 1-10-51 (*Revista Forense*, respectivamente, vol. 143, pág. 402; volume 143, pág. 437; vol. 144, pág. 483, sendo voto vencido nas duas últimas decisões o desembargador PAULO COSTA, que opinava pela perempção da ação).

Em relação, particularmente, ao crime de defloração, é irrecusável o princípio de que o casamento da ofendida com terceiro extingue o próprio crime, como extinguiria se efetuado com o criminoso. Definindo e punindo como crime o defloração, a lei protege a virgindade da mulher, não pelo fetichismo da virgindade,<sup>517</sup> mas pelo que a perda de virgindade, em determinadas circunstâncias, representa de desfalecimento no valor moral e conceito social da mulher, e, consequentemente, na sua condição econômica, pela sensível diminuição das probabilidades de casamento. Do casamento, que lhe é bem moral, posição social e amparo econômico. Como a ele contestar, ainda que realizado com terceiro, o efeito de extinguir a própria razão de punição do defloração, quando precisamente, aquilo a que a sociedade visava, com a pena, na observação acertada do ministro GOULART DE OLIVEIRA, era proteger principalmente a honra da mulher ofendida?<sup>518</sup>

<sup>517</sup> “De fato” — escreve AFRÂNIO PEIXOTO — “o que a lei protege não é uma membrana, cuja efração é até legal e meritória, pelo casamento, ou indiferente à lei, na maioridade feminina, mas a fraqueza da menor incauta que se deixou corromper com sedução, fraude, engano” (*Sexologia Forense*, Rio de Janeiro, 1953, pág. 81, nota).

<sup>518</sup> A Conferência de Desembargadores (vol. cit., Rio, 1944, pág. 168) aprovou a seguinte conclusão, que recebeu o n.º XI: “Nos

da desonra da esposa, com todas as suas conseqüências, inclusive sua publicidade, para os efeitos punitivos do ofensor; ou não conhecia essa situação, e, nesse caso, se é um homem de honra e de brio, e que tem a fazer não é opor-se ao prosseguimento da ação penal, senão pleitear a anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa”.

<sup>516</sup> Não se confundem a hipótese da *perempção* da ação de que cogita o art. 108, ns. IV e VIII, do Cód. Penal, e a hipótese de *ilegitimidade da parte* para prosseguir no processo. Esta ocorre quando, iniciada a ação por denúncia do Ministério Público, em virtude da “miserabilidade” da ofendida, sobrevém o casamento desta com terceiro, e o marido não comparece a juízo para confirmar a representação ou comprovar a própria miserabilidade, desde que lhe cabe, na forma da lei civil, representar o casal: ac. da 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, maio de 1942 (*in Arq. Judiciário*, vol. 63, pág. 116).

A controvérsia, em que, como vimos, tantos julgados dobraram, sempre, brilhante fundamentação, perde, atualmente, muito da sua razão de ser, em virtude de haver o Supremo Tribunal Federal contemplado numa das suas *Súmulas* o princípio de que *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 perempção* (*Súmula* n.º 388, de 1964).

Ainda que redigido com clareza, o verbete não tem passado livre de censuras e de ressalvas, que ora o fulminam, de plano, confrontando-o com a regra do código, que apenas prevê como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o seu ofensor, ora o submetem a rigorosa interpretação, por via da qual ficaria restringida aos casos de ação penal privada a sua aplicação.

Ao primeiro reparo, atingindo na essência o discutido assento, acudiu o ministro VÍTOR NUNES LEAL, que deixa a sua passagem pela nossa mais alta Corte lembrada, principalmente, como o inteligente sistematizador da sua jurisprudência dominante, através das *Súmulas*. Quanto ao critério limitativo do Código, não o nega, observando, contudo, a sua falta de lógica em regular de maneira diferente os efeitos do casamento com o ofensor ou com terceiro. Diante de tal disposição, — acrescentava — o Supremo Tribunal, examinando-lhe o sentido, “interpretou-a de modo compreensivo para alcançar também o casamento da ofendida com terceiro”. E a seguir: “Fizemos uma construção, que não é contrária à letra da lei, mas que amplia o seu alcance a um caso que nos pareceu suscetível de ser incluído, por analogia, no seu âmbito de incidência.”

À advertência, comum nos pronunciamentos dos tribunais estaduais, de que a providência consubstanciada não

---

casos em que a denúncia dependa de representação, uma vez iniciada a ação penal, o casamento da ofendida com terceiro não extingue a punibilidade, devendo o Ministério Público prosseguir, independentemente de qualquer manifestação do cônjuge da ofendida”.

poderá acarretar o encerramento da ação penal pública mediante representação, visto que esta é irretratável após instaurada a ação (art. 104), atendeu o ministro EVANDRO LINS mostrando tratar-se, na espécie, de uma representação verdadeiramente condicionada. É que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, tinha diante de si uma ofendida solteira, menor de idade e em situação de miserabilidade. Tais pressupostos se alteraram no curso da ação penal, e do casamento da ofendida nasceu nova representação do casal, tornando imprescindível a ratificação do ato inicial. Nem a representação, na forma da lei, é irretratável em termos absolutos, tanto que a ação da justiça desaparece se a ofendida casa com o próprio ofensor.

As razões morais que inspiram, por seu lado, tal decidir, foram assim sintetizadas pelo ministro HERMES LIMA, cuja sensibilidade para os problemas humanos e sociais enriquecia-se, sobremodo, no egrégio ministério do Supremo Tribunal, com os influxos da sua inata vocação de jurista e de sociólogo: “A verdade é que a lei, como já se disse de maneira exemplar, é um instrumento de engenharia social; não é um instrumento para desmanchar, mas para construir; não é um instrumento para perturbar, mas para levar a paz; não é um instrumento para vingar, mas para encaminhar soluções adequadas à defesa social, mas igualmente aos fins humanos. É preciso ver que a lei tem um fim social, um fim que destorda das mãos do legislador e a torna, realmente, um instrumento capaz de produzir soluções, através do curso e do contexto das relações humanas.”

Com o ponto de vista contrário, ficaram apenas os ministros ELÓI DA ROCHA, reconhecendo, aliás, a validade da solução preconizada no tocante à ação privada, OSVALDO TRIGUEIRO e ADAUTO LÚCIO CARDOSO, este, possivelmente, guardando posição não definitiva, uma vez que, conforme declarou, preferia, “na impossibilidade de um exame mais detido do assunto”, e acolhendo com reservas a mesma *Súmula*, acompanhar o voto vencido.

Justifica-se a demorada menção a esse julgamento plenário, pelo duplo interesse de que ele se reveste: é confirmatório da orientação do Supremo, então acrescido na sua composição numérica, e é excelente transunto da oscilação de pensamento ali ocorrida, a propósito, até cristalizar-se no cânone 383.<sup>519</sup>

*Art. 108. Extingue-se a punibilidade:*

.....

*IX — pelo ressarcimento do dano, no peculato culposos. \**

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 117. Crime e indenização. 118. O ressarcimento no peculato culposos. 119. Condições. 120. Época.

117. Desde quando a pena perdeu o sentido de prestação econômica, o interesse público entrou a predominar, na

<sup>519</sup> Ac. de 19 de abril de 1967, no recurso de HC n.º 43.779, inserto, na íntegra, no vol. 43 da *Revista Trimestral de Jurisprudência*, pág. 464. No curso de 1967 vários outros julgados emanaram do Supremo no mesmo sentido, como se verá da citada *Revista* e do *Diário de Justiça* daquele ano. Nos tribunais estaduais não é pacífica a observância, *in totum*, do pensamento do Supremo, distinguindo-se o julgamento de 2 de dezembro de 1965, da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, insistindo em que a *Súmula* só pode ter pertinência à ação penal privada (*Revista Forense*, vol. 214, pág. 315). Procuradores de Justiça de São Paulo também desatendem, nas suas promoções, ao conjunto de prescrições da *Súmula* em apreço. No número das poucas exceções, conta-se parecer do procurador WERNER RODRIGUES NOGUEIRA, para quem o critério do Supremo é “correto, legal — humana e sociologicamente” (*Justitia*, vol. 84, pág. 223).

\* “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;

X — pelo ressarcimento do dano, no peculato culposos.”

Redação dada pela Lei n.º 6.416/77. Os comentários ao novo item IX encontram-se na segunda parte deste livro.

punição dos crimes, sobre o interesse particular. Primitivamente, como se sabe, a vítima do delito estava no primeiro plano da repressão. Era isso um mal, porque os ódios e as vinganças entre as pessoas envolvidas no crime tornavam sem fim o ajuste de contas, sangrento e cruel. Mas, no corrigir essa situação, incorreu a sociedade noutro mal, o da pena corporal, castigo tantas vezes cruel e sem fim, também. Exercitando, por essa forma, a função punitiva, o poder público esqueceu a vítima do delito, para se ocupar do delinquente.

Como, porém, não há afastar, do crime, o aspecto de lesão a interesses individuais, estimáveis economicamente, impôs-se a duplicidade de pretensões, em torno a um mesmo crime: o Estado, pela ação penal, aplicando o castigo, e o particular ofendido demandando, pela ação civil, a reparação do seu prejuízo. Assim, o delinquente passou a responder em duas vias, sob duas acusações, para duas obrigações, a penal, consistente no cumprimento da pena, e a civil, compreensiva de indenização à vítima do delito, de restituição e reposição das coisas, de pagamento das custas do processo e demais cominações patrimoniais. Um sugestivo programa de reparação civil, que, na prática, todavia, falhava, e havia de falhar, em virtude não só do estado freqüente de insolvência dos criminosos, como das dificuldades e delongas ao ofendido para ir buscar, na alçada civil, o ressarcimento do dano.

GAROFALO acusou o erro, sustentando a tese da condenação ao dano civil na própria sentença penal, prescindindo-se, pois, de outro caminho, para o seu reconhecimento e satisfação. E para determinados delinquentes ocasionais, — contra a propriedade e também contra a vida —, lembrou a substituição da pena privativa de liberdade pela pena pecuniária. Dessa indenização, uma parcela seria em benefício da parte lesada pelo crime, retirando o Estado outra porção, como reparação do malefício, e a título de se cobrar de despesas.<sup>520</sup>

---

<sup>520</sup> GAROFALO, ob. e ed. cit., págs. 421 a 423 e 431.



Embora as reservas e cautelas com que tem sido encarada a questão de associar a condenação civil à penal, alguns Códigos modernos atendem ao princípio, sob certas luzes.<sup>521</sup> Outros, mais prudentes, emprestam à reparação do dano o valor de escusa, ou, pelo menos, de atenuante da pena. Pelo efeito de atenuante penal, nos “delitos leves contra a propriedade”, opinava PRINS, por lhe parecer esse um meio mais eficaz do que os adotados, para a proteção à vítima do crime, uma vez que os direitos desta são de ordem social, como a própria repressão.<sup>522</sup>

118. Seguiu o novo Código brasileiro o sistema da redução de penalidade nos delitos em geral, consoante a regra do art. 48, n.º IV, letra b: é circunstância que sempre atenua a pena haver o agente, *antes do julgamento*, reparado o dano. A condição, portanto, é que o ressarcimento seja anterior à condenação.

Quanto ao delito de peculato culposo, já o sistema adotado foi o de escusa ou o de atenuante, conforme a época em que a reparação é feita. Antes da condenação, extingue a

---

<sup>521</sup> Como vimos no capítulo referente à extinção da punibilidade por morte do agente, o Código mexicano, avançando mais que todos, dá à reparação civil o caráter de pena, uma das partes integrantes da chamada “sanção pecuniária”, definida nestes termos pelo art. 29: “A sanção pecuniária compreende a multa e a reparação do dano. A reparação do dano, quando deva ser satisfeita pelo delinqüente, tem o caráter de pena pública, mas quando exigível a terceiros terá o caráter de responsabilidade civil...” Função penal pública que é, a reparação do dano independe da iniciativa ou vontade do particular, é fixada pelos juízes (art. 31, 1.ª parte), exigível de ofício pelo Ministério Público (art. 34), e se a ela renunciar o ofendido, reverterá para o Estado (art. 35, n.º 3). São importantíssimas conseqüências do critério por que o Código encara a matéria.

<sup>522</sup> PRINS (ob. e ed. cit., ns. 289 e 386) distinguia o ressarcimento antes e depois da sentença, este, atuando como motivo de liberdade antecipada ao condenado, e aquele, produzindo o efeito de atenuante penal. Contestando os pontos de vista contrários à redução de pena, pelo ressarcimento, escrevia, ainda: “Não poderá sustentar-

ação e a pena; depois da condenação, serve, somente, de atenuante, mas atenuante especial, porque, declaradamente, a pena é reduzida de metade. Assim dispõe o Código, combinando-se o n.º 9 deste art. 108 e o § 3.º do art. 312.<sup>523</sup> De modo que o legislador só admite como escusa penal o ressarcimento do dano numa espécie de crime, o peculato, e deste, o peculato culposo.

Cabe ainda aqui acentuado que, prevendo o ressarcimento na parte geral (art. 108, n.º 9), atribuiu-lhe o Código o efeito extintivo de punibilidade, sem qualquer condição de tempo; mas quando voltou à matéria na parte especial (art. 312, § 3.º), restringiu esse efeito, somente verificável, afinal, quando a indenização for anterior à sentença irrecorrível.

Tem variado o direito positivo brasileiro quanto à influência do ressarcimento sobre a punição do peculato. O Có-

---

<sup>523</sup> Cód. Penal, art. 312, § 2.º “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem: pena, detenção de três meses a um ano. § 3.º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta”. O ressarcimento do dano é atenuante no peculato, guardadas certas distinções e características, no Código chileno (art. 235, 2.ª parte), Código espanhol (art. 395, 2.ª parte), Cód. uruguaio (art. 154), Cód. venezuelano (art. 195). Pelo Código chileno, tratando-se de peculato culposo, quando o funcionário, por negligência, concorre para o desfalque de outro, a devolução das coisas subtraídas é obrigatória, ao lado da pena de suspensão de emprego (art. 234). O Código mexicano (art. 221) diminui sensivelmente a pena do peculato se dentro de 10 dias seguintes àquele em que o crime foi descoberto, o réu devolver o que subtraiu, mantido, porém, o disposto para a pena de destituição, de inabilitação e de multa correspondente.

---

se que vai nisto um privilégio concedido ao dinheiro e se dá assim o direito de cometer certos delitos a quem tenha com que repará-los. Também não poderá dizer-se que com tal se reconhece o direito de praticar um delito por dinheiro, pois que a pena, se bem que reduzida, será contudo pronunciada. Enfim, o inconveniente de uma diminuição de pena será compensado pela satisfação dada à parte lesada.”

digo de 1890 era omissivo, a respeito. A lei n.º 2.110, de 30 de setembro de 1909, considerou o assunto tendo em vista a natureza do peculato. Doloso o crime, o ressarcimento, desde que total e anterior ao julgamento, isentava ao acusado da pena privativa de liberdade e da pena de multa, subsistindo, só, a condenação em perda do emprego com inabilitação temporária para o exercício de função pública. No caso de peculato culposos, isto é, o cometido com imperícia ou negligência, e punido, somente, com multa e suspensão de emprego, não haveria imposição de penas se o prejuízo fosse reparado.<sup>524</sup> O dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, suprimiu o preceito atinente ao peculato doloso, e manteve nos mesmos termos a isenção em relação ao peculato culposos, definido e punido tal como na lei de 1909 (art. 3.º, §§ 1.º e 2.º). É a orientação que o Código continuou.

119. Não estabelece o Código requisitos ou condições para o ressarcimento.<sup>525</sup> Mas algumas condições são de observar, para que se opere a extinção da punibilidade. E a primeira delas é que a reparação do prejuízo seja total. Não se compreenderia, no caso, para os efeitos assinalados, ressarcimento parcial. Também a espontaneidade da prestação é essencial. O ressarcimento não se oferece, não se impõe ao acusado. Este o fará, se puder, se quiser. Compeli-lo a efetuar a reparação, e, em razão disso, isentá-lo de pena, é desvirtuar a verdadeira expressão da escusa, transformando-a, afinal, numa pena, que substituiria outra. A espontaneidade em satisfazer a indenização revela no acusado o nobre propósito de anular, de vontade própria, as consequências prejudiciais do seu ato. Vale, por isso, como isenção de penalidade.

<sup>524</sup> Lei n.º 2.110, de 30 de setembro de 1909, arts. 1.º, letras a e b, 2.º e 5.º, §§ 1.º e 2.º.

<sup>525</sup> O antigo Código uruguaio, dando ao ressarcimento o efeito de diminuir a penalidade do peculato, declarava, entretanto, não prevalecer a atenuação quando o acusado houvesse usado, “para executar ou ocultar o fato, algum meio que por si mesmo constitua delito” (art. 170).

Não esclarece o Código se a reparação deve ser prestada pelo próprio a quem compete, ou se pode ser por outrem, em seu nome, ou, até, em seu lugar. O antigo Código uruguaio (1889) previa expressamente a hipótese de alguém ressarcir, pelo acusado, o prejuízo, reconhecendo à reparação prestada por essa maneira o mesmo efeito atenuante da punibilidade.<sup>526</sup> Nada obsta a que assim possa ser.

**120.** Pelo exposto, a reparação do dano no peculato culposos virá em qualquer tempo, antes ou depois de começada a ação, e depois de iniciada esta, a qualquer altura ou fase, contanto que antes da sentença irrecorrível. Foi o legislador brasileiro muito mais liberal do que o mexicano, que, admitindo o ressarcimento como sensível atenuação de penalidade no delito de peculato, fixou, entretanto, um prazo limitado para que a reparação se realize, qual o de 10 dias seguintes àquele em que o crime foi descoberto.<sup>527</sup> A aceitar-se a escusa, ou a atenuante, parece não haver razão para essa condição, demasiado rigorosa, quase a impedir os efeitos a que a própria lei visou.

Finalmente, o claramente disposto neste inc. 9.º do art. 108 não permite a extensão da causa extintiva de punibilidade a qualquer outro crime contra o patrimônio. Pelo visto, só o peculato, e, ainda assim, o peculato culposos, pode ter a sua punibilidade extinta pela reparação do dano, desde que anterior à sentença irrecorrível.

*Art. 108 . . . . .*

*Parág. único. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este. Nos crimes con-*

<sup>526</sup> Código uruguaio de 1889, art. 170.

<sup>527</sup> Código mexicano, art. 221.

*xos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.*

DIREITO COMPARADO. *Código italiano, art. 170.*

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 121. Generalidades. 122. A norma no crime acessório. 123. No crime complexo. 124. Nos crimes conexos.

121. A norma do parág. único do art. 108 representa justa ressalva.

Quando a prática de determinado crime está visceralmente relacionada com outro crime, que é seu pressuposto, seu elemento constitutivo ou circunstância agravante, a extinção da punibilidade deste não deve, em absoluto, afetar aquele. Assim também, quando os delitos guardam entre si um laço de conexidade, a causa extintiva de punibilidade que a um deles toque não se reflete na punição dos demais, a qual subsiste com a agravação oriunda da conexidade. O contrário disso seria prêmio certo à impunidade, permitindo-se que pela simples extinção do crime-causa, do crime-elemento, do crime-agravante, ou de algum dos crimes conexos, escapassem ou tivessem diminuída a punição delinquentes às vezes inveterados e perigosos. Não há, pois, recusar apoio ao preceito, inspirado pelo Código italiano, de cujo art. 170 é cópia quase literal.<sup>528</sup>

As hipóteses previstas no parágrafo são as de crime *acessório*, de crime *complexo*, e, na última parte, de crime *conexo*. A regra é idêntica para todas as figuras, pela sua igual relevância penal, embora as peculiaridades que as distinguem.

122. O crime acessório implica, naturalmente, a existência de outro, que é o *principal*. Este é, portanto, o *pressuposto* daquele.<sup>529</sup> Em matéria penal, como na matéria civil,

<sup>528</sup> Ver o texto integral do art. 170 do Código italiano.

<sup>529</sup> O parágrafo se refere a crime quando pressuposto de outro, e não aos elementos ou circunstâncias tidas como pressupostos do

o *acessório* existe em razão do principal: crime acessório sem o principal seria incompreensível, tal como a coisa acessória. Daí não decorre, porém, que, em matéria civil, a coisa acessória siga, sempre, a principal, pois que a regra sofre exceção, assim a lei disponha especialmente em contrário. Pelo mesmo conseguinte, a disciplina penal do crime precípua não se impõe, obrigatoriamente, ao crime subsidiário, para um e outro podendo prevalecer diferente critério punitivo, não só quanto à quantidade, como à qualidade de pena. E se assim é, no conspecto fundamental da incriminação em lei, é óbvio que assim deverá ser nos seus outros aspectos. De modo que a prescrição, por exemplo, da ação no delito principal, nada significa para o delito acessório, cujo processo penal continuará até à conclusão ordinária, sem embargos daquela ocorrência.

A prescrição é um exemplo, como a morte do agente, o indulto, ou outra causa extintiva. Qualquer delas produz o seu efeito, total ou parcial, no crime antecedente, sem repercussão no crime corolário. Ainda quando aconteça cessar, pela mesma causa, a punição dos dois delitos, como seria no caso de ato único de indulto para ambos, a consequência se torna comum, não porque a extinção de punibilidade de um alcance, inevitavelmente, o outro, mas porque a causa extintiva, por si mesma, é que é comum.

A aplicação prática às hipóteses de crimes acessórios previstos no Código revela ainda melhor a procedência da norma em exame. Escolha-se a infração constante do art. 180, sob o título de *receptação*: adquirir, receber ou ocultar, alguém, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa fé a adquira, receba ou oculte. A subtração da coisa objeto da

---

delito ou do fato. A doutrina dos pressupostos penais é uma das mais delicadas e complexas. Sobre os seus controvertidos aspectos, discorre, com precisão, EUSÉBIO GÓMEZ, mostrando a dificuldade em diferenciar do pressuposto o elemento constitutivo do crime (*Tratado*, ed. cit., t. I, pág. 398). Também o jurista brasileiro H. SOBRAL PINTO faz interessantes considerações sobre a matéria, em estudo publicado no *Arq. Judiciário*, vol. 58, pág. 87 do suplemento.



receptação é o pressuposto desse delito, porque só existirá receptação criminalmente punível quando a coisa sobre que recair houver sido obtida por meio ilícito, ou, melhor dito, houver sido produto de crime. O delito antecedente existirá, é claro, sem o posterior, assim a coisa subtraída não seja por outrem recebida, ocultada ou adquirida. Mas a atividade característica de qualquer dessas três modalidades não constituirá o crime sem a atividade anterior, de que resulta, necessariamente. As duas ações, entretanto, que, como visto, não se identificam, na qualificação criminal, também não se confundem, para efeitos de punição. Pressuposto uma da outra, são, todavia, independentes entre si, se as encararmos do ponto de vista das condições e circunstâncias que concorrem para a sua punibilidade. O agente ativo da subtração não é o mesmo agente ativo da receptação. Morto aquele, extingue-se a punibilidade do crime que cometeu. Não seria justo, porém, que a sua morte ocasionasse a impunidade, também, do receptador. A ação penal prossegue, em relação a este, ou a pena nele se cumpre, em todos os termos, apesar daquele acontecimento. Anistiado, indultado, o autor do delito principal, persiste, da mesma forma, a responsabilidade penal do autor do crime subsequente, desde que não beneficiado explicitamente pelo ato de graça. Se a receptação é punível, como estabelece o próprio Código, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa (art. 180, § 2.º),<sup>530</sup> não haveria razões para efeito diverso, em se tratando de causa extintiva, subjetiva ou objetiva, da punibilidade. Como salienta VANNINI, o que importa, na consideração do crime acessório, não é a existência *atual* do primeiro delito, mas o vínculo ideal entre os dois.<sup>531</sup>

<sup>530</sup> No Código brasileiro anterior, a receptação era figura de cumplicidade. E omissa o Código sobre o efeito, na responsabilidade penal do cúmplice receptador, das eventualidades advindas à punição do autor principal, orientaram-se os tribunais, não obstante pareceres e opiniões em contrário, no sentido de o cúmplice ser punido, pelo fato da receptação, muito embora ignorado ou isento de pena o autor principal.

<sup>531</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., pág. 683, n.º 262.

Arrola o Código outros delitos acessórios, e a eles se aplicam, sempre, os mesmos princípios. O favorecimento pessoal, definido no art. 348, como a ajuda prestada a autor de crime, para se furtar à ação de autoridade pública, e o favorecimento real, definido no art. 349, como o auxílio a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou receptação, para assegurar o proveito de crime, são hipóteses de delito cuja existência requer um delito prévio. Na conformidade do parágr. único do art. 108, a prescrição, por exemplo, da ação penal por homicídio não acarreta a impunibilidade de quem tenha ajudado o autor desse homicídio a escapar da ação da justiça.

123. O parágrafo cogita, a seguir, da causa eliminatória da punibilidade de crime que é elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, e firma ainda o princípio de que os efeitos da extinção não abrangem o crime, para cuja qualificação aquele contribui ou cuja penalidade aumenta. As razões que fundamentam a norma, quanto ao delito acessório, são as mesmas, na hipótese de crime complexo. Como se viu, o crime acessório conserva inteira autonomia, face ao principal. Dele provém, como consequência, que é, mas a ele não adere, ao ponto de se confundir ou desaparecer na sua configuração. Ao passo que o crime que se constitui elemento, ou é circunstância de outro, perde a vida própria, por isso que entra como parte integrante da noção legal do novo delito. Aqui, os dois se fundem num terceiro, perfeitamente distinto.

O efeito extintivo de punibilidade do crime-parte não se estende, pois, ao crime-resultado; e não se estende exatamente porque, tendo o crime-resultado absorvido, na sua composição, o crime-parte, não seria lógico que uma causa peculiar a este viesse influir, de qualquer modo, naquele. Seria admitirmos que uma entidade morta para todos os efeitos revivesse, todavia, para alguns deles.

Assim, a prescrição, no crime de constrangimento ilegal (art. 146), não produz nenhuma consequência extintiva sobre

a punição do delito de roubo (art. 157), de cujo conceito legal participa a circunstância da violência ou grave ameaça, que é a característica mesma daquele crime.

124. Reporta-se o parágrafo, finalmente, à hipótese de *conexidade* de crimes, para estabelecer a regra, também salutar, de que o aumento da pena, motivado pela conexão, persistirá, posto que extinta a punibilidade de algum desses delitos.

O laço entre os crimes ditos conexos nasce do destino que os aproxima, de origem. Por esse destino, a conexidade é reconhecida entre eles, para fins de processo, e de punição. O que ocorrer, de referência a algum, não poderá, logicamente, repercutir na punibilidade do outro, que não perde, por essa causa, a condição de conexão, oriunda dos próprios fatos, na sua essência, e não provocada pelos episódios ou trâmites da sua repressão.

Assim, a penalidade do crime cometido para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime, é sempre agravada, por essa circunstância mesma.<sup>532</sup> Há, entre os delitos, dois ou mais, uma relação que os faz originário um do outro, como de causa e efeito.

Dessarte, como no interessante exemplo oferecido por VANNINI, o indivíduo que mata a mulher a quem desonrou, para fazer ignorado o seu crime, responde pela pena agravada do homicídio, mesmo extinto, por prescrição, o delito de violência carnal.<sup>533 - 534</sup>

<sup>532</sup> Ver o art. 44 do nosso Código: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II, ter o agente cometido o crime; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime".

<sup>533</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., pág. 685, n.º 264.

<sup>534</sup> Em concurso formal de crime falimentar e de crime de duplicata simulada, deliberou o Supremo Tribunal Federal excluir do processo, por prescrição sobrevinda, o delito de falência, prossequindo

Quando, por exemplo, o delito de incêndio, previsto no art. 250 do nosso Código, tiver por objeto casa onde se cometeu homicídio, cuja impunidade se procura, com isso, assegurar, a extinção de punibilidade relativa ao homicídio não impede o aumento de pena que ao crime de incêndio decorre da sua conexão.

Seria numerosa e, afinal, desinteressante, tão incisivo o preceito em foco, a exemplificação de crimes conexos a que a regra se aplica.

Prescrição,  
antes de  
transitar  
em julgado  
a sentença  
final

*Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parág. único do art. 110, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*

*I — em 20 anos, se o máximo da pena é superior a 12;*

*II — em 16 anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a 12;*

*III — em 12 anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;*

*IV — em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;*

*V — em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano, ou, sendo superior, não excede a dois;*

*VI — em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 78 e 85.

**DIREITO COMPARADO.** Códigos: alemão, art. 67; argentino, arts. 62 e 64; búlgaro, art. 51; chileno, art. 94; dinamarquês, art. 93; espanhol, art. 113; etíope, arts. 226 e 227; finlandês, cap. VIII, § 1.º;

---

o processo somente em relação ao de duplicata simulada, que não estava, ainda, prescrito (ac. de 22-6-55, in *Arg. Judiciário*, 1956, vol. 117, pág. 227).

grego, art. 111; holandês, art. 70; húngaro, art. 25; italiano, art. 157; mexicano, arts. 104 a 107; norueguês, art. 67; português, art. 125, § 2.º; soviético, art. 48; suíço, art. 70; uruguaio, art. 117; venezuelano, art. 103.

### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 125. Disposições do Código sobre prescrição. 126. Prazos de prescrição. 127. Crime de ação pública e de ação privada. 128. Pena-base da prescrição. 129. Contagem do prazo.

125. Do art. 109 ao art. 118 dispõe o Código especialmente sobre a prescrição e as questões que lhe são pertinentes.

Previsão e clareza recomendam, em geral, esse conjunto de preceitos, como se ao espírito do legislador houvesse dominado o empenho de facilitar a tarefa do intérprete e do aplicador da lei, em matéria tão delicada.

O art. 109 regula a prescrição da ação e o art. 110 a da pena, submetidas, ambas, aos mesmos prazos, como já era no Código de 1890. A base para o cômputo do lapso de prescrição da ação é o máximo de pena cominada, em abstrato, ao crime (art. 109). Para a prescrição da condenação, é a pena em concreto, isto é, no quanto imposto (art. 110).

A sentença condenatória definitiva é o divisor entre a prescrição da ação e a da pena: antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição em curso é a da ação (art. 109); depois de passada em julgado a sentença, a prescrição em curso é a da condenação (art. 110).<sup>535</sup>

Isto feito, passa o Código a indicar o termo inicial da prescrição da ação (art. 111) e o da prescrição da pena (art. 112). Finalmente, reconhece causas *suspensivas* e causas *interruptivas* da prescrição, aquelas, declaradas no art. 116, e as últimas, no art. 117.

---

<sup>535</sup> Enquanto não for definitiva a sentença condenatória, a prescrição é a da ação, quer dizer, regula-se pelo máximo da pena: acórdãos do Supremo Tribunal Federal, de 25-8-48 e 8-9-48, in *Revista Forense*, vol. 120, pág. 541.

Em meio desses dispositivos, de ordem genérica, atende o legislador a determinadas exceções, restrições ou peculiaridades, tais como o aumento dos prazos da prescrição da pena, quando reincidente o criminoso (art. 110, *in fine*), a diminuição dos prazos da prescrição da ação e da pena, quando o agente menor de 21 anos ou maior de 70 (art. 115), a prescritibilidade das penas mais leves com as mais graves (art. 118), a imprescritibilidade da pena acessória (art. 118, parág. único), e outros mandamentos ou medidas.

Os comentários a seguir apreciarão, desdobradamente, a matéria, assim exposta numa visão panorâmica dessa parte do Código.

126. Costumam os autores considerar o prazo da prescrição, seja a da ação, seja a da pena, do ponto de vista do seu início, da sua duração e do seu curso. Qualquer desses aspectos oferece margem a interessantes questões, em que os pareceres dissentem.

Do ponto de vista do início do prazo, cumpre assentar de que dia deve fluir a prescrição. Os arts. 111 e 112 do Código firmam o critério, em relação à prescrição da ação e à da pena, respectivamente.

Do ponto de vista do curso da prescrição releva decidir se há causas que devam suspender ou interromper o prazo, e, em caso afirmativo, que obstáculos sejam esses. É questão a que atendem os arts. 116 e 117.

O aspecto, não menos importante, da duração do prazo prescriptivo é o que o artigo em exame focaliza. Dois critérios principais se apresentam, e são o da gravidade objetiva do delito e o da duração da pena prevista na lei. O primeiro é o da legislação francesa: prescrevem em 10 anos os crimes (art. 637 do Cód. de Instrução Criminal), em três os delitos (art. 638), e em um ano as contravenções (art. 640). Classificadas as infrações quanto à sua gravidade, a cada dos três tipos correspondendo uma espécie de pena, os prazos de prescrição teriam, naturalmente, que acompanhar essa gradação,



aumentando e diminuindo de acordo com a maior ou menor gravidade da infração.

O segundo critério é o geralmente aceito, embora variem as aplicações práticas nos Códigos. Essa diversidade começa relativamente à extensão dos prazos e é óbvio: regulando-se os lapsos prescritivos pela duração da pena prevista na lei, e não sendo concordes, nos Códigos, os prazos das penas, iguais não podem ser, evidentemente, os prazos de prescrição. Acresce que, admitindo embora o sistema de medir pelo tempo da pena o tempo da prescrição, Códigos há que marcam a prescrição em período igual, outros em período inferior ou superior ao da pena, e ainda outros os dois modos, ao mesmo tempo. No rol dos últimos está o Código brasileiro. Limitado em 20 anos o máximo do prazo prescricional, e para os crimes cujo máximo de pena for excedente de 12 anos, está visto que para os crimes punidos com penas entre 12 e 20 anos o prazo da prescrição é superior ao tempo da pena, enquanto se torna inferior a esse tempo quando o máximo da pena ultrapassa 20 anos. Quer dizer: crime punível com 15 anos, no máximo, como o do art. 159, ocorre em 20 anos a prescrição, mais do que o tempo considerado necessário para expiar-se, com o cumprimento da pena, o mesmo crime. Por seu lado, crime punível com 30 anos, no máximo, como, por exemplo, o do art. 121, § 2.º (homicídio qualificado), a prescrição ocorre também em vinte anos, menos, portanto, do que o tempo da pena aplicável.

A desigualdade é razoável: prazos de prescrição não devem ser, afinal, proibitivos, porque, então, praticamente, deixaria de existir o instituto, que atende a interesses de política social. Persistindo para as penas altas o critério de prazo da prescrição superior ao período da pena, critério que, como acabamos de ver, prevalece no Código em relação às penas aquém de 20 anos, teria o legislador que levar acima de 30 anos o lapso prescritivo da pena máxima. Assim o fazia o projeto SÁ PEREIRA, onde a pena de 30 anos prescrevia em 35, posto que a ação por crime punível com esse máximo prescrevesse em 20 (art. 149, § 1.º, n.º 1, e art. 156, n.º I).

Nem antes, nem depois, em Código ou projeto, tivemos prazo prescricional acima do máximo de pena.<sup>536</sup> Virtualmente, o projeto decretava a imprescritibilidade da pena máxima. Somente os condenados de menos de 35 anos de idade poderiam, em regra, ter prescrita a sua pena; e para os condenados maiores de 35 anos de idade, uma tal prescrição, se porventura ainda os alcançasse com vida, seria um presente inútil e irrisório à sua ancianidade.<sup>537</sup>

Assim, sem exageros de benignidade ou de rigorismo nos limites mínimo e máximo dos prazos da prescrição, atendeu o legislador brasileiro à boa razão, sem deixar, com isso, de reforçar determinados prazos intermédios, comparados com os do Código de 1890.<sup>538</sup> Ao revigorar das penas corresponde, naturalmente, o aumento dos prazos prescritivos.

---

<sup>536</sup> No projeto GALDINO SIQUEIRA, era de 30 anos o prazo máximo de prescrição da pena, coincidente com a pena máxima (arts. 63, n.º 2, e 25). O projeto só admitia dois prazos de prescrição, o de 12 anos, para as penas privativas da liberdade por tempo inferior a quatro anos, e o de 30 anos, para as penas por tempo excedente (art. 63, ns. 1 e 2). Sem a proporcionalidade estabelecida pelo Código atual e outros projetos, resultavam demasiado rigorosos tais prazos de prescrição. Em relação à prescrição da ação, o lapso máximo era de 20 anos, quando a pena a aplicar fosse igual ou superior a quatro anos (art. 58, n.º 3). Assim também o projeto ALCÂNTARA MACHADO manteve em 30 anos o prazo máximo de prescrição da pena, coincidente, pois, com a pena máxima; e quanto à prescrição da ação adotou o limite máximo de 20 anos (arts. 120 e 128).

<sup>537</sup> Concorda ANÍBAL BRUNO em que os fundamentos e fins do instituto da prescrição recomendam a proporcionalidade entre os lapsos prescritivos e as penas, mais longos aqueles em geral, porém mais curtos em relação às penas máximas. É que o poder punitivo do Estado, para extinguir-se, deve necessariamente exigir mais tempo do que a extensão da pena que o réu deveria sofrer; mas, em se tratando de sanções mais altas, deve ser mais breve o prazo prescricional, até porque uma prescrição que excedesse a duração da pena extrema viria a ser praticamente sem interesse (*Direito Penal*, tomo 3.º, 1967, pág. 213).

<sup>538</sup> Assim, por exemplo, a pena cujo máximo for superior a oito e não excedente de 12 anos, prescreve, agora, em 16 anos (art. 109, n.º II), quando, anteriormente, esse termo de 16 anos era para as

Excetuada a progressão entre o mínimo e o imediatamente superior, há, entre os vários prazos, inclusive do submáximo para o máximo, uma proporção aritmética constante: de quatro para oito anos, de oito para 12, de 12 para 16, de 16, finalmente, para 20, que é o máximo. Esse invariável critério matemático cria, pelo menos, paridade entre os prazos intermediários, evitando-se, assim, o puro arbítrio na sua estipulação, como era, por exemplo, no projeto SÁ PEREIRA, em que os prazos intermediários se distanciavam entre si por períodos desiguais, em proporção crescente, do prazo mínimo para o máximo; ou na antiga legislação, em que a proporção de dois se mantinha nos prazos inferiores, para subir a quatro, do antepenúltimo prazo, para o penúltimo, e deste, para o último.

Vigoram os prazos do Código entre o limite *máximo* de 20 anos e o *mínimo* de dois. Manteve-se, assim, do Código de 1890 o termo máximo, e elevou-se de um para dois anos o termo mínimo. O máximo de 20 anos é da tradição do nosso direito positivo. Mas as tendências reformadoras têm oscilado na fixação dos prazos prescritivos, ora para mais, ora para menos. Data de 1841, da lei n.º 261, o prazo de 20 anos.<sup>539</sup> Uma das afirmações do seu sentido conservador, no propósito de sustar as liberalidades acusadas no Cód. de Processo Criminal de 32, foi o aumento do prazo máximo da prescrição de 10 para 20 anos. O reg. n.º 120 consentiu na inovação.<sup>540</sup> O decreto republicano n.º 774, de 20 de setembro de 1890, elevou para 30 anos o máximo, quando o réu ausente no estrangeiro, e marcou em 20 anos o tempo da prescrição, quando o réu presente no território nacional. Reduzida, que era, para 30 anos a pena máxima de privação de liberdade,

---

<sup>539</sup> Lei n.º 261, arts. 32 e 33.

<sup>540</sup> Reg. n.º 120, arts. 272 e 273.

---

penas de mais de 10 até 12 anos, prescrevendo em 12 anos as penas de mais de oito até 10 anos (Consolidação, art. 85, letras *g* e *h*). Por outro lado, as penas de mais de quatro até oito anos prescrevem, agora, em 12 anos (art. 109, n.º III), quando, anteriormente, prescreviam em 10 anos (Consolidação, art. 85, letra *f*).

o decreto equiparava ao máximo da pena o máximo da prescrição, quando verificada a ausência do réu.<sup>541</sup>

Esse critério de permanência dentro ou fora do país não vingou no Código de 1890, que voltou, por sua vez, ao limite máximo de 20 anos. Fixando em 30 anos, como fixava, o máximo de pena detentiva, seguia assim o legislador o critério de período prescricional menor do que o tempo máximo da pena.<sup>542</sup>

127. O Código não distinguiu, para efeito do lapso prescricional, os crimes de ação pública dos de ação privada.

Os prazos são idênticos: não há prazo especial para a prescrição da ação ou da condenação por delito de ação privada. Uma vez oferecida a queixa dentro do período para isso concedido, instaurada, pois, a ação, e imposta ao queixado uma pena, os prazos de prescrição, assim os da ação, como os da condenação, são os prazos comuns. Não há confundir, portanto, como já em outro lugar acentuamos, decadência do direito de queixa com prescrição da ação, vigorando, para uma e outra hipóteses, prazos próprios.

Não era partidário da separação o projeto SÁ PEREIRA: o prazo de prescrição nos crimes de ação privada seria o mesmo da decadência da queixa, e diverso, portanto, do prazo de prescrição nos crimes de ação pública. Enquanto, nestes, a ação penal prescreveria num tempo mínimo de cinco anos, nos crimes em que dependesse de representação ou queixa, prescreveria em seis meses (art. 149). O sistema vinha justificado por essa forma na exposição de motivos: “o mesmo critério (o da duração do prazo prescricional) não podia servir para a ação privada ou a que o Ministério Público promova somente mediante representação da parte. Neste caso, sobre o interesse público prima o interesse privado, e deste melhor juiz é o ofendido que o Estado. É, porém, por atender a melindres da família ou à própria sensibilidade do ofendido, que o Estado excepcionalmente lhe faculta o exercício da

<sup>541</sup> Dec. n.º 774, art. 4.º.

<sup>542</sup> Consolidação, arts. 78 e 85.

ação. Uma prescrição de curto prazo deveria ser aqui estabelecida e o art. 149 a fixa em seis meses. Não era preciso dizer que o direito de representar ou dar queixa também prescreve no mesmo prazo, uma coisa implica a outra. Diante da ação prescrita, como exercer semelhante direito? Repeliria o Ministério Público a representação, “como o juiz a queixa”.<sup>543</sup>

É mais racional, entretanto, o sistema do Código: prazo de decadência do direito de ação, prazo de perempção da ação, prazo de prescrição da ação ou da condenação, nos crimes puníveis a instância do ofendido. São situações, sem dúvida, diversas, e devem ser diversamente tratadas pela lei.

128. Quando ainda se não conhece, pelas conclusões da sentença criminal, a pena *realmente* merecida pelo acusado, o único elemento com que se conta, para o cálculo da prescrição da ação, é a pena prevista na lei para o crime em causa. E como a pena prevista oscila entre um mínimo e um máximo, limites dentro dos quais será afinal cominada, de acordo com as circunstâncias apuradas, é prudente determinar, como o faz o Código, que a base para o cálculo é o *máximo* da pena, em abstrato. Não seria razoável tomar-se como base o mínimo, ou outro qualquer termo, inferior ao máximo, quando, posteriormente, a condenação pode vir em grau superior, quicá no grau máximo. A regra do art. 109 nesse sentido é clara e simples. Vem do dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923.

A redação pouco explícita do Código de 1890 formara duas correntes de opinião no país, sustentando, uma, para base da prescrição da ação penal, a pena, em abstrato, e outra, a pena em concreto, por forma a que a pena imposta na sentença regulava a prescrição da condenação, e, por sua vez, tinha efeito retroativo, para regular o prazo da prescrição da ação, se fosse o caso. Aos que opinavam pela pena em concreto afigurava-se absurdo tomar como base uma pena

---

<sup>543</sup> *Projeto de Código Penal Brasileiro*, por V. SÁ PEREIRA, *Exposição de motivos sobre a parte geral*, Rio de Janeiro, 1930, pág. 129.

que nada indicava fosse a efetivamente decretada, não sendo de desprezar a evidência de que a pena a impor a um delinqüente é a resultante das circunstâncias que envolveram o delito e de condições pessoais do réu, o que tudo é abandonado quando se calcula pela pena abstrata o prazo da prescrição da ação. Esse critério, conforme acentua o ministro COSTA E SILVA, é, realmente, o mais consentâneo ao fundamento da prescrição. Não o aceitam, porém, as legislações, na sua maioria, pelos numerosos inconvenientes que apresenta.<sup>544</sup> Se é certo, argumentava LIMA DRUMOND, que a gravidade de um crime é determinada menos pela sua "objetividade jurídica" do que pelo conjunto de circunstâncias concretas relativas ao fato e à pessoa do delinqüente, mais certo é o perigo de apreciação superficial de tais circunstâncias no sumário de culpa para sobre elemento tão precário calcular-se o prazo da prescrição.<sup>545</sup>

O dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, deu fim à controvérsia, mandando regular a prescrição da ação penal pela pena abstratamente cominada na lei. Consentiu, outrossim, que, em lugar da pena em abstrato, fosse a pena em concreto pedida no libelo, ou a imposta na sentença de que somente o réu houvesse recorrido.<sup>546</sup> Aceitou o Código a última hipótese, que veremos a seu tempo, no comentário ao artigo seguinte. Não adotou, entretanto, como elemento-base da prescrição o libelo acusatório.<sup>547</sup>

129. Observada a norma do art. 8.º, 2.ª parte, do Código, de que no cômputo do prazo os dias, os meses e os anos se

<sup>544</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 418.

<sup>545</sup> LIMA DRUMOND, *Estudos de Direito Criminal*, ed. cit., pág. 77.

<sup>546</sup> Dec. n.º 4.780, art. 35.

<sup>547</sup> ASTOLFO RESENDE, em parecer datado de 1912, pronunciava-se de modo favorável, por lhe parecer injusto, senão ilegal, que conhecida, já, a pena pedida no libelo, fosse a prescrição regular-se por uma pena que jamais poderia ser aplicada (*Nos Domínios da Criminologia*, vol. 1.º, Rio de Janeiro, 1939, pág. 289).



contam pelo calendário comum,<sup>548</sup> a prescrição de *ano*, nos termos fixados neste artigo, corresponde a um período integral de 365 dias, nos anos comuns, e de 366, nos anos bissextos. Dessarte, a prescrição de *um ano* é de um dia do mês ao mesmo dia desse mês no ano seguinte.

Verificado o crime em 23 de julho de 1941, a prescrição da ação terá ocorrido em 23 de julho de 1942, salvo se o termo inicial não for o dia do crime. Nesta última hipótese não se altera, porém, o processo de contagem do prazo: a prescrição se consuma 365 dias depois do em que o seu curso começou.

Prescrição,  
depois de  
transitar  
em julgado  
a sentença  
final  
condena-  
tória

*Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*

Prescrição,  
no caso de  
sentença  
condena-  
tória, de  
que somen-  
te o réu  
tenha  
recorrido

*Parág. único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.\**

**DIREITO ANTERIOR.** *Consolidação das Leis Penais*, arts. 78 e 85.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos*: alemão, art. 70, inc. 1; argentino, art. 65; belga, art. 91; búlgaro, art. 54; chileno, art. 97; espanhol,

<sup>548</sup> Cód. Penal, art. 8.º: “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum”.

\* A Lei n.º 6.416/77 substituiu a redação deste parágrafo único pelos seguintes parágrafos:

“§ 1.º 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.

§ 2.º 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.”

art. 115; etíope, arts. 233 e 234; finlandês, cap. VIII, § 7.º; grego, art. 114; holandês, art. 76; italiano, art. 172; mexicano, arts. 113 e 116; norueguês, art. 72; português, art. 125, § 6.º; soviético, art. 49; suíço, art. 73; uruguaio, arts. 123 e 129; venezuelano, art. 112.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 130. Prescrição da pena: como se regula. 131. Extensão dos prazos. 132. Aumento no caso de reincidência. 133. Como se regula, quando somente o réu recorre ou pode recorrer da condenação.

**130.** Três normas compõem o corpo do art. 110: 1.ª, o critério para o cálculo do lapso prescricional da pena; 2.ª, a duração dos vários prazos; 3.ª, a sua majoração, quando reincidente o criminoso.

Advindo, em processo criminal, sentença condenatória, não resta mais dúvida sobre a natureza e a duração da pena, peremptoriamente declaradas. É o instante, agora, de dar à decisão pronto e eficaz cumprimento, para satisfação do interesse punitivo do Estado, que o crime despertou. A fase processual sucede, então, a fase executória da pena. Repita-se que já não há lugar para a prescrição da ação. A prescrição, por diante, é a da pena. O marco entre as duas espécies é a sentença judicial, que encerra a ação e abre o período de realização da pena imposta.

Enquanto, porém, a sentença não for confirmada, em grau de recurso, e tornada, com isso, definitiva, nenhum efeito produz sobre a prescrição, que continua sendo a da ação, salvo a hipótese do parág. único deste artigo, que examinaremos a seu tempo. Mas logo que transite em julgado, o seu reflexo na prescrição é decisivo, modificando, essencialmente, o critério para o cálculo do prazo prescricional.

Se a razão para se tomar como base, na prescrição da ação, a pena em abstrato, é que se não conhece, em tal momento, a pena que o delinqüente realmente merece, pelas circunstâncias, ainda não apuradas, do seu crime, não há contestar inteira procedência ao critério de calcular a prescrição da condenação pela pena já imposta, em grau certo, na sentença. Está visto que os dois processos se combinam,

como a consequência um do outro. A norma inicial do art. 110 é simples corolário da do art. 109.

A matéria, cuidadosamente regulada pelo Código e em tais dispositivos, não oferece dificuldades de aplicação prática.

Questiona-se, contudo, sobre o cômputo da prescrição da pena em se tratando de crime continuado. Na conformidade do art. 110, a prescrição — transitando em julgado a sentença condenatória — regula-se pela *pena imposta*. Ocorre, porém, que na hipótese de delito continuado a pena a que o acusado faz jus, correspondente à de um só dos crimes, se idênticas, ou à mais grave, se diversas, é, em qualquer caso, aumentada, obrigatoriamente, de um sexto a dois terços, como tudo disposto no art. 51, § 2.º, do código. Pergunta-se, então, se a pena imposta, justo como o consigna o artigo, é aquela que resulta do acréscimo ou a que seria cominada, sem a parcela adicional.

Os que, nos tribunais, se inclinam pela segunda solução, e formam a maioria, argumentam que, sendo o “crime continuado” uma ficção jurídica, a benefício do acusado, tornando, conseqüentemente, menos severa a aplicação da pena, não se compreenderia que, afinal, na contagem do prazo da prescrição, viesse ele a ser prejudicado, visto que, punido de per si cada crime dos que constituíram a unidade, aconteceria manifestar-se a prescrição para cada qual, isoladamente, antes de existir para a penalidade aumentada com propósitos generosos. Os que sustentam a outra solução reconhecem que o conceito de crime continuado representa, efetivamente, mercê ao criminoso, mas desse pressuposto partem exatamente, para concluir que, abandonando-se para o efeito da prescrição, a porção majorada, o benefício operaria duplamente, o que lhes não parece razoável.

J. FREDERICO MARQUES figura entre os defensores do cômputo pela pena-base, socorrendo-se do princípio implicitamente contido no art. 108, parágrafo único, *in fine*, de que na extinção de punibilidade nos crimes conexos se toma em consideração cada um deles, por si, não sendo admissível, portanto, proceder-se de modo diverso num caso em que a

lei busca, precisamente, ajudar o réu. Acrescenta que o legislador, ao fixar a regra do § 2.º do art. 51 do código para a punição do crime continuado, falou em *impor-se* a pena de um dos crimes ou a mais grave, com uma fração de aumento, por força da continuidade, exprimindo, com isso, inequivocamente, que a *pena imposta*, como declarado no art. 110, é a que serviu de base para sobre ela efetivar-se a adição.

O desacordo, em suma, encontra completo desdobramento no debate suscitado, em reunião plenária do Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do recurso de *habeas corpus* n.º 43.740, oportunidade em que o ministro ELÓI DA ROCHA desenvolveu, amplamente, o pensamento da minoria daquela casa em prol da prescrição pela pena totalizada.

Vingando no novo código o preceito do anteprojeto HUNGRIA, mandando que no crime continuado (e, obviamente, no concurso de crimes), a prescrição seja referida, não à pena unificada mas à de cada crime, considerado em separado (art. 110, § 3.º), é possível que a controvérsia amorteça, quiçá desapareça.<sup>549</sup>

131. A segunda norma do artigo envolve o importante tema dos lapsos da prescrição da ação e da pena: se idênticos, se diversos, e, nesta hipótese, se maior o prazo prescritivo da ação, ou o da pena.

Não há unanimidade de parecer entre os doutrinadores, e essa discrepância se reflete na solução que os Códigos oferecem. O debate, aparentemente secundário, toca os pontos vitais da teoria sobre a prescrição criminal. Entre os fundamentos propostos para o instituto, um, considerado comum

<sup>549</sup> J. FREDERICO MARQUES, *Prescrição e crime continuado*, *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 13, pág. 85. O voto vencido do ministro ELÓI DA ROCHA consta do Ac. de 9 de novembro de 1966, do Supremo Tribunal, inserto no vol. 41, pág. 345, da *Revista Trimestral de Jurisprudência*. Outras decisões do Supremo no mesmo sentido de não influir no lapso prescricional da pena o acréscimo decorrente da continuidade do crime, aparecem na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vols. 38, pág. 627; 40, pág. 36; 41, pág. 131; 42, pág. 460; na *Revista Forense*, vol. 212, pág. 266 e no *Diário da Justiça* de 21 de agosto de 1968.

às duas figuras de prescrição, é que o tempo decorrido sem a repressão ou punição do crime enfraquece a sua lembrança no grupo social, até porque mudam os componentes deste, pela contingência humana, ou quando não tenham ainda mudado, transfiguram-se, muitas vezes, os critérios ou padrões coletivos de julgamento.

Seria impertinente renovar aqui a consideração da matéria, versada em comentário anterior, como o lugar próprio às especulações doutrinárias em torno da prescrição.

Ressalte-se que, sendo comum à prescrição da ação e à da pena, o fundamento é precisamente o de que se servem os partidários de tempo maior para a prescrição da pena. Alegam que a sentença final, além do mais transitada em julgado, é depoimento inconcusso da existência do fato, da sua criminalidade, das suas circunstâncias de maior ou menor relevo, da sua autoria, da responsabilidade desse autor em face da lei penal. A sentença, como se exprime GARRAUD, assegura a prova e fixa a lembrança do crime.<sup>550</sup>

Todas essas afirmativas certas, que antes seriam um mundo de conjecturas e presunções, repousam num conjunto de peças escritas, concatenadas para um fim, o da verdade, e por isso expurgadas, quanto possível, de falsidades ou inexactidões. À tradição oral, fadada a diminuir, até extinguir-se, sucede, pois, um elemento positivo, muito menos precário, de comprovação do fato e responsabilização do seu autor. Assim, a impressão que fica no espírito público de uma condenação penal, se efetivamente não for mais profunda e duradoura que a recordação do próprio crime, presume-se que o seja, pelas razões expostas, e isto autoriza a majoração dos lapsos prescritivos da pena, em confronto com os da ação.<sup>551</sup>

<sup>550</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. 2.º, ed. cit., pág. 603, n.º 744.

<sup>551</sup> Considerando que a pena deve ser necessária e útil, necessária à manutenção da ordem pública e útil nos efeitos que produz, opinava HAUS pela maior extensão dos prazos prescritivos da pena, visto que a condenação prolonga a lembrança do crime (ob., vol. e ed. cit., pág. 269, n.º 1.017). Também pelo maior lapso de prescrição da pena era PESSINA, para quem a repercussão de uma condenação, e, pois, de delito sobre que versou, é muito mais demorada do que a

Pela desigualdade de prazos, — maiores os da prescrição da pena —, nortearam-se, no Brasil, os projetos GALDINO SIQUEIRA, SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO.<sup>552</sup> Mas no direito positivo predominou, sempre, o sistema oposto. Assim no Código de 1890 e no dec. n.º 4.780. Este introduziu importantes modificações no instituto da prescrição, mas se conservou fiel ao antigo ponto de vista.

Não são conhecidos os motivos que levaram a Comissão Revisora do projeto ALCÂNTARA a abandonar o critério adotado neste, para acompanhar o do velho Código. O precedente legislativo teria sido uma das razões. Escrevendo interessante estudo sobre o capítulo referente à extinção da punibilidade, manifestou NÉLSON HUNGRIA, um dos componentes da Comissão, haver o novo Código, na disciplina do instituto da prescrição, atendido aos critérios tradicionais.<sup>553</sup> Entre estes se inclui, indubitavelmente, quanto ao direito indígena, o da identidade de prazos.

No estrangeiro, a orientação legislativa é francamente em sentido contrário, com tendência a continuar. Na Espa-

---

<sup>552</sup> Projeto GALDINO, arts. 58 e 63; projeto SÁ PEREIRA, arts. 143 e 156; projeto ALCÂNTARA, arts. 120 e 128. O desembargador SÁ PEREIRA justificava nos seguintes termos o critério que adotou no seu projeto: "O prazos da prescrição, porém, não podem ser os mesmos nos dois momentos. Com a sua polícia e a sua justiça se aparelha o Estado para descobrir os criminosos e puni-los. O tempo, dentro no qual há de exercer a ação necessária para tal fim, não pode ser o mesmo em que prescreverá a pena, que impôs. Aquele será mais curto do que este" (*Projeto de Código Penal Brasileiro*, ed. e loc. cit., pág. 129).

<sup>553</sup> NÉLSON HUNGRIA, *Extinção da punibilidade em face do novo Código Penal*, in *Revista Forense*, 1941, vol. 87, pág. 587.

---

do próprio fato, antes do julgamento, justificando-se, por isso, os prazos desiguais, uma vez que o fundamento da prescrição é o amortecimento da consciência coletiva do crime, pelo decurso de tempo sem atividade repressora (ob. e ed. cit., pág. 749). A IV Conferência da Federação Interamericana de Advogados (Santiago do Chile, 1945) recomendou que o prazo da prescrição da pena seja aumentado, pelo menos, da terça parte do assinalado para a ação penal (*Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano I, n.º 4, 1945, 2.ª seção, pág. 131).



nha, o Código ditatorial de 1929 inovou sobre o de 1870, admitindo a diversidade de prazos. No mesmo rumo seguiu o republicano de 1932, que outro não era senão aquele venerando Código monárquico, rejuvenescido. A desigualdade dos lapsos prescritivos foi um dos pontos de novação.<sup>554</sup>

Termos diferentes à prescrição da ação e à da pena são os assinalados nos Códigos suíço, uruguaio, italiano, argentino, mexicano, português, venezuelano.<sup>555</sup>

O legislador brasileiro de 1940 não se impressionou com o copioso exemplo. E decidindo-se, como decidiu, pela igualdade dos prazos, adotou, consequentemente, para a prescrição da pena, o sistema de proporcionalidade, que havia preferido para a prescrição da ação.

A duração da pena é que serve de base à duração da prescrição, tanto a do crime, como a da pena, com a diferença, como já se salientou, que, num caso, a duração é a do máximo da pena, em abstrato, enquanto noutro é a da pena concretizada na sentença condenatória, nem mais, nem menos. Em qualquer das hipóteses, porém, o lapso prescritivo não corresponde ao período de duração da pena, exatamente, mas proporcionalmente. É um critério que evita, pelo menos, o arbítrio e a disparidade na fixação dos prazos prescritivos, inconveniente a mais que se acusa nos códigos em que tais prazos são diversos para a ação e para a pena.

---

<sup>554</sup> Código de 1870, arts. 133 e 134; Código de 1928, arts. 197, prescrição da ação, e 201, prescrição da pena; Código de 1932, artigos 116, prescrição da ação, e 118, prescrição da pena. Texto de 1944, revisto em 1963: arts. 113, prescrição da ação, e 115, prescrição da pena.

<sup>555</sup> Código suíço, arts. 70, prescrição da ação, e 73, prescrição da pena; Código uruguaio, arts. 117, prescrição da ação, e 129, prescrição da pena; Código italiano, arts. 157, prescrição da ação, e 172, prescrição da pena; Código argentino, arts. 62, prescrição da ação, e 65, prescrição da pena; Código mexicano, arts. 105, prescrição da ação, e 113, prescrição da pena; Código português, art. 125, §§ 2.º, prescrição da ação, e 6.º, prescrição da pena; Código venezuelano, arts. 108, prescrição da ação, e 112, prescrição da pena.

Haja vista, no particular, a singularidade do diploma argentino, onde a *ação* nos delitos punidos com reclusão ou prisão perpétua prescrevia, igualmente, em *quinze anos*, enquanto nos crimes punidos com reclusão perpétua a *pena* prescrevia em *vinte anos*, e nos punidos com prisão perpétua prescrevia em *quinze anos*. A lei n.º 11.221 (de 21 de setembro de 1923), que corrigiu o Código em vários pontos, também modificou este, igualando em vinte anos o prazo da prescrição para as penas de reclusão e de prisão perpétua.

Não há motivo, com efeito, para a igualdade de prazos prescritivos da ação e da condenação quanto a uma pena, a de reclusão perpétua, e desigualdade, quanto a outra, a de prisão perpétua. Daí, sucede que a pena de reclusão ou prisão *temporária*, não mais perpétua, precrevendo no mesmo tempo da condenação decretada, <sup>556</sup> o indivíduo condenado a vinte e cinco anos de reclusão ou prisão, por haver morto alguém, verá prescrita a sua pena somente ao termo de vinte e cinco anos, ao passo que o condenado a reclusão ou prisão perpétua, por haver feito descarrilar o trem em que viajava o seu desafeto, sacrificando várias vidas, será beneficiado com a prescrição ao fim de vinte anos, ou ao fim de quinze, conforme tenha sido de reclusão ou de prisão a pena perpétua que a sentença condenatória lhe atribuiu. <sup>557</sup> Desacertos, como este, convencem de que não andou errado o legislador pátrio.

---

<sup>556</sup> Código argentino, art. 62, n.º 1, prescrição da ação nos crimes punidos com reclusão ou prisão perpétua; art. 65, n.º 1, prescrição da pena, nos crimes punidos com reclusão perpétua; n.º 2, nos crimes punidos com prisão perpétua; n.º 3, nos crimes punidos com reclusão ou prisão temporária. O Projeto SOLER suprime a perpetuidade da pena de prisão, mantendo-a somente para a de reclusão, que, todavia, pode ser temporária, em determinados casos. Daí, diferirem as disposições do Projeto (arts. 101 a 106), correspondentes às do código aqui mencionadas.

<sup>557</sup> É o interessante exemplo figurado por JOSÉ PECO, in *Rev. Penal Argentina*, t. I, 1922, pág. 285, *A prescrição no Código Penal argentino e especialmente a interrupção da prescrição da ação*.

132. O terceiro e último mandamento do artigo é o da majoração do prazo prescriptivo da pena, quando for reincidente o condenado. Desprezou o Código o parecer dos que contestam, neste caso, legitimidade à prescrição, por não encontrarem motivos para este benefício de impunidade a criminosos de má nota, senhores de seguro índice de incorrigibilidade.

Também aqui não são uníssonas, na doutrina ou na lei, as soluções. O critério proibitivo absoluto, que PRINS, por exemplo, defendeu,<sup>558</sup> vingou no Código italiano, para criminosos reincidentes, habituais, profissionais etc., nos termos da classificação promovida pelo mesmo Código (arts. 172 *in fine*, e 99 a 109).

Certos autores, sustentando critérios apenas restritivos, buscam, inegavelmente, harmonizar as exigências práticas da defesa social com os princípios teóricos do instituto. A noção de perigosidade individual, que a reincidência no crime atesta de modo insofismável, dificilmente combinaria, em tese, com a idéia de prescrição da pena. Prescrição pura, exclusivamente pelo decurso de tempo, ou governada pelos mesmos prazos gerais, parece atritar com os efeitos agravantes de penalidade reconhecidos unanimemente à reincidência. E uns requerem, por isso, ao lado do fator tempo, o requisito da boa conduta do beneficiário, quando reincidente. No Brasil, foi o sistema conciliatório propugnado pelos projetos SÁ PEREIRA e da Comissão Legislativa.<sup>559</sup>

Preferem outros o processo majoritário dos prazos, respeitada, como causa singular da prescrição, a transcorrência de tempo. Foi a norma do projeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 128, § 1.º), e é a do Código uruguaio. Neste, *ex vi* do art. 123, o acréscimo de prazo é de um terço, tal como no

---

<sup>558</sup> Em caso algum, a prescrição deveria ser admitida para criminosos reincidentes, opinava PRINS (ob. e ed. cit., pág. 535, n.º 964).

<sup>559</sup> Projeto SÁ PEREIRA, art. 155; projeto da Comissão Legislativa (1933), art. 138, parág. único.

Código brasileiro. No projeto ALCÂNTARA, seria de metade, como é no projeto argentino de 37. <sup>560 - 561</sup>

Em suma, firmado, noutro local do Código, o conceito legal de reincidência, nas suas duas modalidades de genérica e específica, <sup>562</sup> e feita, aqui, referência indistinta a condenado reincidente, é intuitivo que em qualquer das hipóteses ocorre o aumento do prazo. A reincidência é, por si só, penhor de perigosidade, e isso autoriza o indicado efeito sobre o tempo para prescrição. <sup>563</sup> Acresce, por isso, que, se as figuras de reincidência devessem influir, separadamente, sobre os prazos prescritivos, não haveria de ser senão graduando o aumento, conforme se emprestasse maior ou menor perigosidade à forma genérica, ou à específica. Mas o aumento, afinal, subsistiria, sempre, pelas razões apontadas.

Por sua vez, qualquer situação que não seja, caracteristicamente, a de reincidência, dentro da configuração de lei, não acarreta a agravação do lapso prescritivo. A disposição só se aplica a criminoso reincidente, e reincidente tem aceção técnica no Código, inconfundível.

133. O parág. único do artigo sanciona uma exceção à regra constante do art. 109. Dispõe-se neste, como vimos, que o período de prescrição da ação se regula pela pena cominada, em abstrato, ao delito. Este critério vigora desde

---

<sup>560</sup> Projeto argentino, art. 106. O projeto governamental argentino de 1949, que modifica os artigos relativos à prescrição, aumenta de um terço o prazo, na hipótese de reincidência (art. 63). A IV Conferência da Federação Interamericana de Advogados (Santiago do Chile, 1945) recomendou o aumento da quarta parte da prescrição da pena, quando reincidente o beneficiário (*Rev. de Derecho Penal*, Buenos Aires, ano I, n.º 4, 1945, 2.ª seção, pág. 131).

<sup>561</sup> O anteprojeto HUNGRIA mantém o mesmo acréscimo de um terço, se o condenado é reincidente *específico*. Manda, também, aplicar a medida, no caso de delinqüente habitual ou por tendência.

<sup>562</sup> Art. 46, § 1.º, ns. I e II.

<sup>563</sup> Em decisão de que foi relator na 2.ª Turma do Supremo Tribunal, considerou o ministro ADALÍCIO NOGUEIRA não estar ainda prescrita a pena, em virtude da majoração ordenada pelo código,

a data do crime, quando o prazo começa a correr, na forma do art. 111, até a data em que passa em julgado a sentença final, quando a prescrição é a da condenação, regulada, já agora, pela pena imposta na sentença, como firmado no corpo do art. 110. De modo que, enquanto a condenação não se tornar definitiva, a base para o cálculo do prazo da prescrição será a pena abstrata. Mas a esta regra abre-se a exceção declarada no parágrafo: se da sentença condenatória somente tiver havido recurso do réu, a base para o cálculo da prescrição é a pena concretizada na mesma sentença, e não mais a pena prevista na lei.<sup>564</sup>

Impõe-se a ressalva porque, apelando da sentença somente o réu, a instância superior não lhe poderá agravar a situação, aumentando a pena,<sup>565</sup> e, assim, aquela fixada na sentença, posto que ainda não definitiva, é irreformável, quanto ao seu máximo. Por outro lado, o máximo da sentença está, freqüentes vezes, abaixo do máximo abstrato. Sabido, por determinação legal, que, na hipótese, o máximo, em

---

<sup>564</sup> Ver, no mesmo sentido: acs. do Supremo Tribunal Federal, in *Direito*, 1946, vol. XLI, pág. 473, e *Revista Forense*, 1948, vol. 115, pág. 205; do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1.ª Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1948, vol. 116, pág. 244; do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2.ª Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1948, vol. 116, pág. 234, 3.ª Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1948, vol. 117, pág. 232; 2.ª Câmara Criminal, in *Revista Forense*, 1950, vol. 127, pág. 297.

<sup>565</sup> Cód. de Processo Penal brasileiro, art. 617: "O Tribunal, Câmara ou Turma atenderá nas suas decisões (de recurso) ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença". O art. 383, citado, permite ao juiz de primeira instância dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

---

por força de reincidência. Alegara o interessado que tal acréscimo não prevalece em face da *Súmula* n.º 146, que a ele não se reporta. Contestou a assertiva o Ministro Relator, afirmando que a *Súmula* não pode revogar a lei (Rec. de HC de São Paulo, n.º 43.553).

abstrato, jamais será atingido, por que insistir em tomá-lo para base da prescrição, amesquinhando, sem nenhum motivo ou conveniência, o propósito liberal e justo que inspirou aquela norma restritiva, no julgamento do recurso do réu?

Não se perca de vista, principalmente, que o fato de ser isolado esse recurso exprime que a sociedade, por seus órgãos, se conformou com o grau da condenação. E com a sociedade, a parte ofendida, se for o caso. Nada justificaria, em face dessas circunstâncias, o apego, quase fetichista, à pena legal, quando, na hipótese, a pena judicial é conclusão a que a justiça chegou, depois de exame presumidamente cuidadoso, e conclusão inalterável, a não ser para benefício do acusado.<sup>566</sup>

Fundamentado, destarte, o preceito do Código, devemos dar-lhe inteligente amplitude, estendendo-o aos casos que forem idênticos, nos seus efeitos, ao expressamente consignado. É assim que da sentença condenatória, recorrendo, ao mesmo tempo, autor e réu, poderá acontecer que o autor desista do recurso, restando em campo somente o do réu. A situação que se cria é em tudo semelhante à primeira, visto como a pena estabelecida na sentença não pode ser majorada, pois a instância superior vai decidir, simplesmente, sobre o recurso do réu, por desaparecido o outro. A prescrição deve regular-se, portanto, pela pena concretizada na sentença.

Será igual a conclusão, quando apenas o réu possa *recorrer* da sentença condenatória, tornada definitiva em relação à acusação. Caracteriza-se, especialmente, tal situação, pela simples distância, no tempo, entre as intimações às partes, efetivando-se a do acusado quando exaurido, já, o prazo de apelação do Ministério Público.

Ora, se da data da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido começa a contar-se o prazo da prescrição com base na pena concreta, por que não se haverá de

---

<sup>566</sup> Ver no *Arq. Judiciário*, 1933, vol. 47, pág. 387, sentença do Juízo da 2.ª Pretoria Criminal do Distrito Federal, com abundante indicação de julgados.



contá-lo, igualmente, da data da sentença de que somente o réu possa recorrer?<sup>567</sup>

Tais aspectos secundários não oferecem, porém, maior obstáculo à interpretação e aplicação do preceito em causa. A controvérsia tem sido profunda noutro ponto, qual o de poder a prescrição, uma vez regulada pela pena que a sentença concretizou, considerar-se, todavia, consumada, se para tanto for suficiente o tempo anterior à mesma sentença, de que só o réu apelou.

A questão foi perfeitamente colocada pelo ministro LUÍS GALLOTTI, relator de um dos vários arestos em que o Supremo Tribunal Federal conhecendo da espécie, vinha ajustando ao seu critério os julgados dissonantes da instância inferior. Sustentando que a prescrição pela pena *in concreto* só deve ser contada a partir da condenação, ponderava o ministro GALLOTTI que, “proferida a sentença condenatória recorrível, nesse dia a prescrição se interrompe (art. 117, n.º IV). E recomeça então por inteiro (art. 117, § 2.º). Nessa altura, não se sabe ainda se vai ou não haver apelação. Se não houver, passa em julgado a sentença e já se trata, daí em diante, da prescrição da condenação, regulada pela pena imposta (art. 110). Se a defesa e a acusação apelam, ou se esta só o faz, continua a reger a prescrição, mesmo daí em diante, a pena máxima *in abstracto*. A prescrição, que recomeçou por inteiro na data da sentença, assim continua. Se, porém, só apela o réu, a situação se modifica, por força do parág. único do art. 110: passa a regular a prescrição da ação penal, depois da sentença, a pena imposta. Entender de outro modo, entender que, embora a pena só se concretize

---

<sup>567</sup> Quanto à hipótese de desistência da acusação em recorrer, ver decisão na vigência do Código anterior, do Tribunal da Relação de Minas Gerais, *in* PIRAGIBE, ob. cit., 1.º suplemento, 1934, pág. 709, n.º 4.112. Quanto à hipótese da sentença condenatória transitar em julgado somente para a acusação, quando a pena imposta passa a regular a prescrição, começando esta da data da sentença, ver ac. de 28-2-50, da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (*Revista Forense*, 1952, vol. 139, pág. 425).

na sentença, antes desta já se deve levar em conta a pena concreta para efeito de prescrição, seria, *data venia*, além de ilógico, esquecer que a mesma sentença também interrompeu a prescrição e que, conforme acentua GARRAUD, a interrupção torna inútil, apaga o lapso de tempo que antes dela decorreu, isso apesar de nem pronunciar a lei francesa a palavra interrupção”.

Com o pensamento oposto, representando então a minoria da Suprema Corte, alegava o ministro NÉLSON HUNGRIA que o parágrafo único do art. 110 foi assim redigido para que *a prescrição nele determinada retroagisse à data da última causa interruptiva*, sendo inadmissível que a sentença condenatória possa interromper uma prescrição que, relacionada à pena imposta, já se consumou. <sup>568 - 569</sup>

<sup>568</sup> Por ac. de 12-6-46, o Supremo Tribunal, sendo relator o ministro CASTRO NUNES acolhera a tese da contagem retroativa (*Direito*, vol. 41, pág. 473). Posteriormente, vingou o princípio inverso: ver, entre outros, os acs. de 17-7-47 e de 1-10-47 (*Revista Forense*, vol. 116, pág. 234, e vol. 115, pág. 205); de 30-1-50 (*Revista Forense*, vol. 140, pág. 375); de 17-7-51 e de 8-11-51 (*Revista Forense*, vol. 139, pág. 341, e vol. 147, pág. 362, constando daquele as citadas opiniões dos ministros LUÍS GALLOTTI e NÉLSON HUNGRIA); e de 14 de janeiro, 22 de janeiro, 28 de janeiro, 15 de maio, 20 de maio, todos de 1952 (*Revista Forense*, vol. 146, pág. 388; *Arq. Judiciário*, vol. 103, pág. 377; vol. 102, pág. 171; vol. 104, pág. 291; vol. 102, pág. 269, respectivamente). Contam-se decisões divergentes, isto é, num e noutro sentido, dos tribunais do Distrito Federal, Minas Gerais, São Paulo. A *Revista Jurídica*, de Porto Alegre, insere no mesmo vol. 9, ano II, ac. de 19-3-53, da 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (pág. 187) a favor do cômputo retroativo, e ac. de 8-1-54, das suas Câmaras Criminais Reunidas (pág. 293), em contrário. Não se deve confundir a hipótese da validade, para efeito da prescrição pela pena imposta, do tempo para isso suficiente, decorrido antes da sentença condenatória, e de que cogitam os arestos acima indicados, com a hipótese de tempo que se escoou precisamente entre a sentença de que só o réu apelou e o acórdão confirmando-a, quando a prescrição sem dúvida se opera, caso o lapso em apreço, com base na sanção concretizada, seja bastante: ver ac. do Supremo Tribunal Federal, de 13-9-51, *Revista Forense*, vol. 142, pág. 361.

<sup>569</sup> Contrariamente, ainda, ao cômputo retroativo: acs. do Supremo Tribunal Federal, de 6-9-55 e de 26-10-55, in *Arq. Judiciário*,

A divergência persiste nos tribunais locais, subindo destes para o Supremo Tribunal, cuja jurisprudência, depois de vacilar, como o atestam as decisões indicadas notas 568-569) parecendo, até, inclinar-se em contrário ao pretendido efeito retrooperante, acabou firmando o entendimento, quase unânime, do aproveitamento do tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, se suficiente para a prescrição baseada na pena imposta na mesma sentença.

Esta consequência aparece hoje consagrada na *Súmula* n.º 146 do Pretório Excelso, assim redigida: *A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso de acusação.*

Para os que sustentam a não retroatividade desse lapso prescricional, recusando-se, pois, a contar da data da denúncia o seu termo inicial, é elemento ponderável o art. 117 do Código, enumerando entre as causas de interrupção da prescrição a sentença condenatória recorrível, o que significa que, com a sentença, todo o prazo anterior deixou de existir, e não seria possível atribuir-lhe qualquer efeito jurídico. Os que, ao revés, defendem a validade do período precedente, se bastante para consumir-se a prescrição pela pena concretizada, argumentam que não se compreenderia pudesse a sentença “interromper” o que, de fato, não mais existe. O prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO assume combativa posição em desfavor da orientação do Supremo, incriminando-a, por confundir as duas espécies de prescrição, a da ação e a da pena, desatendendo, ademais, aos textos legais vigentes, sobre enfraquecer, sensivelmente, a repressão criminal, assegurando, com “inexplicável benevolência”, a impunidade. Insistindo

---

1956, vol. 117, pág. 234, e vol. 119, pág. 3; acs. da sua 1.ª Turma, de 28-7-55, 22-8-55 e 29-9-55, in *Arq. Judiciário*, 1956, vol. 118, pág. 132, vol. 119, pág. 203 e vol. 118, pág. 297, respectivamente; acs. da sua 2.ª Turma, de 16-11-54 e de 2-8-55, in *Arq. Judiciário*, 1956, vol. 117, págs. 105 e 152. Também a 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais opinou contra o cômputo retroativo por decisão de 4-9-51 (*Revista Forense*, 1954, vol. 156, pág. 408).

na argumentação, crítica, com veemência, o anteprojeto HUNGRIA, por abraçar o mandamento da *Súmula* citada. Defende-se o ministro NÉLSON HUNGRIA, alegando que “a pena concretizada na sentença de que somente o réu recorreu, com ela tendo concordado o representante do Ministério Público, afastando a possibilidade de *reformatio in pejus*, é a única que, no caso, era *ab initio* aplicável, ou seja, a pena *justa* que o próprio Estado se reconhece com o direito a reclamar. Conseqüentemente, a mais elementar justiça exige o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, desde que suficiente para a prescrição referida ao *quantum* da pena concretizada”.

O certo é que a tendência liberal do Supremo no entendimento da sua *Súmula* tem se ampliado até admitir que o efeito retroativo da prescrição alcance o período transcorrido entre a prática do crime e o recebimento da denúncia.<sup>570</sup>

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

*Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:*

- a) *do dia em que o crime se consumou;*
- b) *no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;*
- c) *nos crimes permanentes ou continuados, do dia em que cessou a permanência ou a continuação;*

<sup>570</sup> Ver o debate FRAGOSO-HUNGRIA na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 3, 1963, pág. 38, e n.º 4, 1964, pág. 40. Ver decisão plenária do Supremo, retroagindo a prescrição pela pena concretizada ao lapso entre delito e a denúncia, no *Diário da Justiça* de 17-10-1963. O interessante nesse julgado, de que foi relator o ministro VÍTOR NUNES LEAL, é que pelo período entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória não estava consumada a prescrição mas, sim, entre o fato delituoso e o recebimento da denúncia.

**d) nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.**

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 79, 1.<sup>a</sup> parte.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* alemão, art. 67, inc. 4.º; argentino, art. 63; búlgaro, art. 51, *in fine*; chileno, art. 95; dinamarquês, art. 94, 1.<sup>a</sup> parte; espanhol, art. 114; etíope, art. 228, inc. 2.º; grego, art. 112; holandês, art. 71; húngaro, art. 26; italiano, arts. 158 e 557; mexicano, art. 102; norueguês, art. 69; português, art. 125, §§ 4.º e 5.º; soviético, art. 48; suíço, art. 71; uruguaio, arts. 119 e 265; venezuelano, art. 109.

**COMENTÁRIO**

**SUMÁRIO:** 134. Começo da prescrição: no crime consumado e no crime tentado. 135. No crime continuado e no permanente. 136. No crime de hábito. 137. No crime instantâneo, de efeitos permanentes. 138. No crime de adultério. 139. Em outros crimes. 140. Modo de cômputo da prescrição. 141. Dia da ação do agente e dia da consumação do crime. 142. A inclusão do *dies a quo* no prazo da prescrição.

**134.** Prevenindo dificuldades, o Código estabelece, neste artigo, os critérios a observar, quanto ao termo inaugural da prescrição, de acordo com o grau de execução material do crime e com a forma de que se reveste a atividade delituosa.

Assim, do primeiro ponto de vista, distingue do crime consumado (letra *a*) a tentativa de crime (letra *b*); e do segundo ponto, o crime permanente e o crime continuado (letra *c*). Atentas circunstâncias particulares do delito de bigamia e do de falsificação ou alteração de assento do registro civil, dispõe o Código especialmente sobre o começo do prazo nessas figuras (letra *d*).

A prescrição, como causa extintiva da ação penal, não pode decorrer senão do instante em que a mesma ação preenche o requisito primordial do seu exercício, que é a existência do crime. Essa existência não se presume; provam-na os atos materiais de execução, que, acabados, configuram

o delito consumado, ou, apenas iniciados, caracterizam o delito tentado.

Numa e noutra hipótese, desde que cessou a atividade do agente, por haver colimado o alvo, ou porque motivos estranhos o impediram de nela prosseguir, o fato incide em punição, que se proporciona à maior ou menor extensão ou duração dessa atividade.

É o momento da ação penal, buscando apurar a criminalidade do fato, e, se for o caso de pena, determinar-lhe a medida.

A ação penal, portanto, se constitui dever do Estado quando ultimada a atividade individual infringente na lei. Da omissão, ou demora no cumprimento desse dever, durante certo lapso de tempo, é que resulta a impossibilidade do seu exercício. Esse tempo não corre enquanto aquele dever não possa estar em mora. Só então, há razões para a prescrição.

Mas uma atividade criminosa concluída, na sua objetividade, e completa, em relação ao seu escopo, não deve ser encarada, para o efeito de cômputo da prescrição, da mesma maneira que uma atividade simplesmente encetada, e não completa em relação ao objetivo.

Por isso, o período prescritivo começa no dia em que o crime se consuma, ou, na tentativa, no dia em que termina a execução. É o que estabelece o Código.

135. Sob idênticos aspectos apresenta-se a questão do crime *permanente* e do crime *continuado*. Continuidade, permanência, ou instantaneidade da atuação criminosa são situações distintas, a que terá de se ajustar a prescrição criminal.

Ninguém melhor do que ALIMENA definiu o crime instantâneo, *um ponto*, o crime continuado, *uma série de pontos*, o crime permanente, *uma linha*.

No crime instantâneo, a prescrição começa no ponto mesmo em que a ação se executa e consuma.

O último dos pontos cuja série é o crime continuado e o extremo da linha, que o crime permanente é, marcam o



fim da atividade criminosa e o princípio da atividade repressiva. Começa aí a prescrição.

No delito continuado, os vários atos formam entre si, por sua identidade, uma seqüência de atividade. Qualquer deles, porém, é um delito autônomo, passível de punição, isoladamente. Considerando, entretanto, que a resolução e a finalidade do agente são comuns, a lei divisa nesses atos um nexo, e por esse nexo os reúne, uns aos outros, como um só crime, para um mesmo processo e a mesma punição. Tal unificação evita o inconveniente, não só para os interesses da justiça, como para as garantias individuais, de múltiplos processos e de penas acumuladas, em número que deveria corresponder à quantidade de atos praticados, se fossem apreciados singularmente.<sup>571</sup>

É claro que a prescrição, não sendo concernente a cada ato, por si, corre de quando se tem por extinta aquela continuidade de ação. É o disposto na letra c do artigo em exame. O contrário seria contar-se de data anterior àquela em que o delito é havido como efetivado. Os atos são vistos em conjunto, para o efeito principal, que é a penalidade. Por que não o seriam, para um efeito condicionado àquela, como é a prescrição?

Há, entretanto, quem situe a prescrição em cada uma das ações. Argumenta-se que cada qual é, em si mesma, — independente da ação precedente e da subsequente — o crime. O nosso acatado COSTA E SILVA acolhe com simpatia a tese, difundida na Alemanha, e ressalta a importância do assunto, digno de meditado estudo.<sup>572</sup> O legislador pátrio

---

<sup>571</sup> Para o nosso Código (art. 51, § 2.º), existe *crime continuado* “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. A pena é a de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

<sup>572</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 389, nota 13.

adotou, como estamos vendo, a solução generalizada. E mais simples, convenhamos.

Entre o crime continuado e o permanente, cujos conceitos aparecem muitas vezes confundidos,<sup>573</sup> a diferença está na divisibilidade e indivisibilidade da ação delituosa. No crime continuado, a ação é uma reiteração de atos; mas, partida, os fragmentos ainda guardam entre si a mesma relação, e reduzida, embora, a um só ato, este ainda é, por si só, o crime. No delito permanente, ao contrário, a ação é contínua, indivisível. O estado violador da lei se prolonga sem intervalos, numa duração, digamos assim, sem colapsos e sem limites, e a qualquer momento o crime está sendo cometido, porque esse ininterrupto estado antijurídico é que é, exatamente, o crime.

A prescrição, portanto, há de correr de quando cessa a permanência da ação. É o que também dispõe a letra c do artigo. Contar o prazo da ponta inicial da linha, na representação de ALIMENA, e não da sua última extremidade, seria admitir que a prescrição corresse antes do próprio crime, vale dito, antes do direito e dever de ação contra ele.

Exemplificando: o *homicídio* (art. 121) é um *delito instantâneo*. Consumado, ou tentado, o lapso da prescrição vem do dia em que foi consumado ou em que, tentado, ficou suspensa a execução. A apropriação indébita (art. 168) é um *delito continuado*. A prescrição começa no dia em que o agente realizou o último ato de subtração. Se o caixa de estabelecimento comercial retira, em determinado dia, uma

---

<sup>573</sup> Como se tem dito, uma das razões da confusão está no fato de receber o crime permanente a denominação, também, de *contínuo*, parecendo tratar-se do crime *continuado*, quando são diversas as noções. Por isso, a tendência moderna para a rejeição do termo *contínuo*, preferindo-se a qualificação de *permanente*. O projeto mexicano (art. 98), dispondo sobre o modo de contar-se a prescrição, substitui o termo *contínuo*, usado no Código, pelo termo *continuado* (delito continuado), e acrescenta aos casos exemplificados no Código o de delito *permanente*. Também no preceito relativo à prescrição da ação penal nos delitos de queixa privada (art. 96) está dito *continuado* onde o Código dizia *contínuo*. O código argentino (art. 63)

parcela dos dinheiros sob sua guarda, e, quatro dias depois, outra parcela, e outra mais, oito dias após, não serão três os processos a que responderá, por três crimes, que seriam da mesma natureza, mas um processo só, porque, como vimos, o crime é único, cometido embora em repetidas ações, que não são, entretanto, mais do que “momentos de uma só ação”. Consequentemente, a prescrição correrá do dia da última retirada de dinheiro. E última será, logicamente, aquela a que nenhuma outra suceder, porque o agente tenha desistido de continuar, ou porque tenha sido surpreendido na sua atividade, ou porque tenham mudado as condições que lhe permitiam a apropriação.

*Delitos permanentes*, no nosso Código, são o seqüestro (art. 148), o cárcere privado (*idem*), o bando ou quadrilha (art. 238).<sup>574</sup> Enquanto perduram a associação para delinquir, a detenção da pessoa encarcerada ou seqüestrada, o crime existe. A prescrição, pois, não poderá correr senão da data em que a *societas* houver sido desfeita, em que o seqüestro ou o cárcere houverem sido levantados. Porque só então cessou a permanência da ação criminosa. Reporta-se MAGALHÃES NORONHA, para deles dissentir, aos que consideram possível a ação penal instalar-se em meio de uma atividade tida como permanente, sem que cesse, com isso, a *permanência*, e computando-se daquele instante o período prescri-

<sup>574</sup> O seqüestro é crime permanente; enquanto subsiste, não começa a correr prescrição, assentou o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 1-6-54 (*in Revista Forense*, 1955, vol. 159, pág. 323). Decisão de 14-8-53, da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, sendo relator o desembargador ADRIANO MARREY, contempla entre os crimes *permanentes*, pelo nosso Código, o de abandono material da família (art. 244), aplicando-se-lhe, portanto, a regra especial da letra c do art. 111 (*in Revista Forense*, 1954, página 415).

denomina de *continuo* o crime de que se cogita, mas o projeto SOLER (art. 102) usa, em substituição, a expressão *delito permanente*. O projeto português EDUARDO CORREIA trata, separadamente, o crime *permanente* e o crime *continuado*, a este ajuntando, para a mesma disciplina sobre o início do prazo de prescrição, referência ao crime *habitual*.

tivo. É uma solução, a seu ver, inajustável ao conceito de *delito permanente*, ou seja, “aquele cuja consumação se prolonga no tempo, dependente da atividade (ação ou omissão) do agente”. Se assim é — acrescenta — “como pode um ato processual dizer que cessou aquela permanência, para daí se contar o lapso prescricional, quando, entretanto, o delito *está se realizando*?”<sup>575</sup>

Convém, entretanto, esclarecido que qualquer infração que o agente praticar, sem relação com esse estado permanente de criminalidade, é encarada, para os efeitos penais, inclusive o da prescrição, como um delito à parte. Assim, se um dos componentes do bando vier a cometer um crime, não compreendido no desígnio coletivo que originou e entretém a sinistra associação, a prescrição, relativa a este, corre separadamente, contando-se do dia da consumação do mesmo crime, ao passo que a prescrição relativa à associação só começa do dia em que o bando se dissolver. Um crime dentro de outro crime, mas distintas as punições, são distintas as prescrições.

136. O artigo em causa não menciona o *crime de hábito*, distinguível do crime permanente e do continuado, a despeito das semelhanças, especialmente com o último.<sup>576</sup> São vários os atos, como no delito continuado, mas nenhum deles, isoladamente, é o crime, perfeito, porque a *reiteração*

---

<sup>575</sup> MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1968, 1.º vol., pág. 397.

<sup>576</sup> Os Códigos não se reportam expressamente ao *crime de hábito*, como fazem em relação ao crime permanente e ao continuado. Julgam, por certo, desnecessária a menção, em se tratando de aplicação da mesma regra de início da prescrição, relativa ao crime permanente. O Código suíço (art. 71) não dá os nomes, mas, pelo texto, prevê o crime continuado (inc. 2.º) e o permanente (inc. 3.º). A maneira, porém, como está redigido o último inciso permite compreender-se nele também o crime habitual. O Código uruguaio (art. 119) fala em delitos *coletivos e continuados*, aqueles “cuja existência ou modalidade requer diversos atos ou diversas ações”, e marca para começo da prescrição o dia do último ato ou da última ação.

de atos é que constitui o crime.<sup>577</sup> A prescrição, portanto, principia no momento em que finda a habitualidade na violação da norma penal, quer dizer, quando praticado o ato que ficar sendo o último da série, ou de uma série.

Na figura da prática ilegal da medicina, prevista no artigo 282 do Código,<sup>578</sup> o crime é *exercer*, indevidamente, a profissão de médico; por isso, não poderá a prescrição contar-se de cada ato, particularmente, embora todos realizados com o mesmo ânimo, a lhes imprimir continuidade e coerência, atestando o costume de agir, essencial à punição.

O critério para afirmar-se a habitualidade, em tais delitos, não reside na lei, nem de preceito seu se subentende, mas pertence ao julgador, na análise, a que proceder, do verdadeiro sentido dessa sucessão de ações.

Se é fácil, em regra, marcar o começo da prescrição, quando de breve duração a atividade culpável, ou quando não intervalada, já não será assim quando essa atividade se prolongar, em franco exercício, mais do que, por exemplo, o tempo necessário para a prescrição do próprio crime, ou quando tempo igual ou maior afasta, um de outro, os atos característicos, por sua iteração, da habitualidade punível.

No citado delito de exercício ilegal da medicina, sendo de dois anos o máximo da pena (art. 282), a prescrição da ação criminal é de quatro anos, *ex vi* do art. 109, n.º V. Suponha-se uma atividade dessa natureza que vem, impunemente, há oito anos. O lapso prescricional de quatro anos corre da data em que essa atividade for surpreendida e encerrada, para os efeitos da repressão penal.

Mas importa saber se a porção de atividade anterior a quatro anos, com todos os caracteres de habitualidade, deve ser abandonada *in limine*, por prescrita a ação penal em relação a ela, ou deve entrar em conta, para, reunida à ativi-

---

<sup>577</sup> Ver, sobre o conceito de *crime habitual*, um brilhante voto do ministro ARTUR RIBEIRO, na apelação criminal n.º 1.248, no Supremo Tribunal Federal, in *Arg. Judiciário*, vol. 36, págs. 99 a 102.

<sup>578</sup> Pelo nosso Código, são crimes de *hábito*, entre outros, o de exercício ilegal da Medicina (art. 282) e o de curandeirismo (art. 284).

dade subsecutiva, isto é, durante os derradeiros quatro anos do exemplo figurado, concorrer para definir a habitualidade criminal.

A solução, que se der, será, algumas vezes, decisiva, porque, rejeitada, por insubsistente, aquela longe atividade, talvez a recente perca o seu atributo de habitual, operando-se, assim, a descriminação do fato.

Além disso, cumpre firmar se, correndo do último ato a prescrição, persiste ainda a condição de habitualidade, quando intervenha, no suceder dos atos, um período igual ou maior do que seria mister para a prescrição da ação.

A resposta a essas indagações depende da solução sobre o começo da prescrição em tais crimes. Se em cada ato, dos que, repetidos, o constituem, é certa a prescrição de quantos se praticaram em tempo que ultrapasse do limite geral de prescrição do crime. Também impunidos seriam, pelo mesmo motivo, os atos que entre si se separassem por lapso igual, desfigurando-se, destarte, a habitualidade.

Se, ao contrário, a prescrição começa do último ato, desde que não tenha este incorrido na prescrição, todos os outros, remota ou proximamente anteriores, contanto que não destacados entre si por tempo correspondente ao da prescrição do crime, estão válidos, ou ficam revalidados, para que se afirme existente e punível, na totalidade dos atos, o crime.

É este, realmente, o processo mais intuitivo. Prefere-o GARRAUD, não sem esclarecer que o prazo de intervalo entre os atos não é um prazo de prescrição, visto que esta não se aplica aos fatos particulares, que constituem o delito habitual; mas o tempo decorrido entre os dois fatos, considerados isoladamente, é o bastante para excluir a habitualidade, e, pois, o delito.<sup>579</sup>

137. Outras incertezas ocorrerão na interpretação e aplicação do dispositivo legal sobre o começo da prescrição.

---

<sup>579</sup> GARRAUD, *Précis*, ed. cit., pág. 680, nota *in fine*; HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 540.



é que nem todos os crimes são, pela unanimidade dos pareceres, incluídos em determinada categoria.

O delito de rapto, por exemplo, é *instantâneo*, ao ver de uns, e *permanente*, ao ver de outros. Instantâneo, que é, está consumado com a *tirada* da mulher, e desse dia começa a prescrição, embora a raptada demore no poder do raptor. Trata-se de uma *consequência* do crime. Esta se efetiva com o simples ato da tirada. A consequência pode perdurar mais ou menos longamente, mas, como já acentuava TRÉBUTIEN, nada acrescenta à infração, que, com ela ou sem ela, está consumada.<sup>580</sup> Permanente, que fosse, o delito de rapto, a prescrição somente começaria do dia em que a raptada ficasse fora do poder do raptor, porque só então teria parado a atividade delituosa.<sup>581 - 582</sup>

<sup>580</sup> TRÉBUTIEN, ob. e ed. cit., vol. 2.º, pág. 149.

<sup>581</sup> BOUTARD considerava o rapto como *crime permanente* e marcava, assim, para início da prescrição o momento em que a pessoa raptada houvesse recuperado a liberdade. A configuração do rapto como crime instantâneo ou crime permanente tem importância sob vários aspectos (v. g., a prisão em flagrante) e particularmente em relação ao tempo inicial da prescrição. (*Leçons de Droit Criminel*, 11.ª ed., Paris, 1876, pág. 793). Em 1929, o então Superior Tribunal de Justiça da Bahia, decidindo *habeas corpus* para anulação de flagrante, considerou o rapto como crime *contínuo*: “o rapto continua enquanto a raptada não é colocada em lugar seguro”. Por essa doutrina, o início da prescrição seria o dia em que o raptor restituiu à liberdade a raptada, entregando-a aos responsáveis, ou colocando-a em lugar seguro. Conhecendo da matéria, em grau de recurso, o Supremo Tribunal Federal opinou, porém, em sentido contrário, não sem acentuar as dúvidas existentes sobre o verdadeiro caráter do delito de rapto. Analisando a definição que do rapto oferecia o Código de 1890, concluiu tratar-se de crime *instantâneo*, consistente no ato de “*tirar do lar doméstico qualquer mulher honesta, para fim libidinoso, e não na conservação da raptada fora do seu lar*” (*Arq. Judiciário*, 1931, vol. 18, págs. 74 a 79). O novo Código não modificou a noção do rapto, de modo que a regra aplicável, quanto ao começo da prescrição, é a da letra *a* do art. 111, relativa aos crimes instantâneos.

<sup>582</sup> Decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 13 de março de 1953, definindo *crime permanente* aquele de “execução

Assim, inconfundíveis, como são, o delito permanente e o delito instantâneo, quando de efeitos permanentes, cabe assentado que àquele primeiro, somente, é que se refere a regra do Código, marcando para início da prescrição o dia em que cessa a permanência.

Pelo mesmo conseguinte, não estão abrangidos pela norma os crimes instantâneos cujo proveito, não obstante, o agente conserva consigo, por tempo mais ou menos dilatado. É o caso do furto (art. 155), delito instantâneo, porque a ação punível é a de *subtrair* e não a de *reter*, nem a de subtrair e reter. Ainda que o ladrão continue do posse do objeto que subtraiu, a prescrição decorre do dia da tirada da coisa, porque esta é que é a ação consumativa do crime. Onde, porém, entre os elementos da noção legal do furto, for contemplado o requisito da *retenção da coisa*, o delito passará a permanente, regulando-se a prescrição pelos dispositivos atinentes a essa forma de criminalidade.<sup>583</sup> De modo que, enquanto o agente não devolver o objeto, a prescrição não correrá.<sup>584</sup>

Outras vezes, a retenção não sendo do conceito legal do furto, a restituição, todavia, é imposta ao agente, para o benefício da prescrição. Não no direito brasileiro, onde,

---

<sup>583</sup> Como na Inglaterra, onde se entendeu ser o furto *crime permanente*, porque na sua definição em lei entrava, como elemento, a intenção do agente, "no momento do ato, de privar o proprietário, *permanentemente*, da coisa subtraída". Ver EDWARD JENKS, ob. e ed. cit., pág. 241; KENNY, ob. e ed. cit., pág. 233; SEBASTIÁN SOLER, ob. e ed. cit., t. 1.º, pág. 237.

<sup>584</sup> ECUZAT inclui a *receptação* na categoria de crime *contínuo*, marcando, portanto, como começo da prescrição o dia em que o receptor deixou de possuir a coisa, e não o dia em que a recebeu das mãos do ladrão (ver *Traité théorique et pratique de Droit Pénal*, Paris, 1951, pág. 151).

---

incessante, ininterrupta e contínua", exemplifica com o delito de cárcere privado e o de rapto violento, aplicando-lhes a regra da letra c e não a da letra a do art. 111 (*Revista Forense*, 1954, vol. 152, pág. 419).

como se sabe, a prescrição é livre de quaisquer condições, mesmo quanto ao furto, essa.

138. Tivemos, no império do velho Código, a singularidade de um mesmo crime, o adultério, ser instantâneo, quando cometido pela mulher, e permanente, quando pelo homem.<sup>585</sup> Pesar dessa diferença, o Código marcava para ambas as espécies o mesmo começo do prazo de decadência do direito de queixa: a data do crime (art. 281). E quanto à prescrição da ação, a regra era a mesma do art. 79, fazendo começar o prazo no dia em que o crime fosse cometido. A notável raridade, no Brasil, de processos criminais por adultério evitou as dificuldades que naturalmente ocorreriam para, no adultério do homem, delito permanente, contar-se da data do crime o lapso da prescrição. O Código atual não distingue entre a infidelidade da mulher e a do homem, considerando o crime, em ambos os casos, instantâneo. O critério, porém, para o início do prazo da decadência da queixa, é o da *notitia criminis* (art. 240, § 2.º), enquanto, para o prazo da prescrição da ação, é o do dia em que o crime se consumou, na forma do disposto na letra *a* do art. 111.

139. A matéria ainda comporta algumas considerações, em torno de outras entidades criminais, ou eventualidades, mas seria longo insistir na enumeração ou exemplificação.

Merecem, contudo, referência especial o crime de denunciação caluniosa (art. 339), o de auto-acusação falsa (art. 341), e o de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342),

---

<sup>585</sup> Relativamente ao homem, consistia o *adultério* em ter “concubina teúda e manteúda” (art. 279, § 1.º, n.º 1). Tratava-se, afinal, de questão de rótulo, porque, chamado embora de *adultério*, o crime do homem era o de *concubinato*, que outras legislações contemplam, sob esse nome, como delito autônomo. O Código italiano, por exemplo, previu separadamente o *adultério* (art. 559), de que é agente a mulher, e o *concubinato* (art. 560), de que é agente o homem, um, crime instantâneo, o outro, crime permanente. Diverso, pois, o começo da prescrição. O Código argentino (art. 118) adota o sistema do antigo Código brasileiro.

pela dúvida sobre o momento da sua existência, se no ato de se dar a denúncia, no ato de alguém se acusar, no ato de se prestar a informação, ou se na ocasião em que a denúncia, a auto-acusação e a informação são declaradas falsas, pelos meios ordinários para essa verificação.

Está com o melhor parecer Roux, ao frisar que a apuração da falsidade é a confirmação da existência do delito, não a sua prática.<sup>586</sup>

O crime está realizado com a denúncia, com a auto-acusação, com a informação, e desse momento corre a prescrição.

Essa conclusão é reforçada pela circunstância de contemplar o nosso Código, como elemento de definição dos três crimes, o ânimo do agente. Haja vista que pelo delito de denunciação caluniosa o agente imputa a alguém *crime de que o sabe inocente*. Pelo delito de auto-acusação, se acusa de *crime inexistente ou praticado por outrem*. Pelo último delito, faz *declaração falsa*, ou nega ou *cala a verdade*. São situações perfeitamente definidas, de logo, sem dependência de qualquer condição ou fato posterior, para que se possa conhecer ou julgar, inequivocamente, da intenção. E qualquer das três infrações produz imediatamente a consequência, porque, com o oferecimento da denúncia gratuita, é o acusado logo sujeito aos constrangimentos do processo; com a auto-acusação, é a justiça absorvida com tarefas desnecessárias, ou a sua atenção desviada propositadamente do encalço do verdadeiro criminoso; com a informação da testemunha, perito etc., conduz-se o procedimento, administrativo ou judicial, por falsas vias, para rumos afastados da verdade. Que falta, para a caracterização do crime, nos seus elementos e nos seus efeitos? A ulterior verificação da falsidade é, exatamente, a anulação desses efeitos, e não a prática do crime.

---

<sup>586</sup> J. A. Roux, ob. e ed. cit., vol. 2.º (*Procédure pénale*), pág. 220, nota.

Finalmente, tendo estabelecido como norma geral de fixação do prazo prescricional o dia do delito, inclusive para os crimes permanentes e continuados, — considerado, nesse caso, como dia do crime o em que a permanência ou a continuação cessarem —, o Código abriu, na letra *d*, do art. 111, uma exceção, para as figuras de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil. Corre a prescrição, nessas infrações, do dia da *notitia criminis* e não do dia do crime.<sup>587</sup> A exceção é justificada: são delitos instantâneos, esses, mas de efeitos permanentes. Assim, a ação contra eles deveria prescrever a contar do dia do ato, como nos outros crimes da mesma natureza, já vistos, o furto, especialmente. Mas as condições e circunstâncias próprias do crime, o “caráter dissimulado” dele, como se exprime NÉLSON HUNGRIA,<sup>588</sup> são de modo a retardar indefinidamente o conhecimento da infração, enquanto a prescrição estaria correndo, para consumir-se, talvez, antes mesmo de descobertos o crime e o seu autor.<sup>589</sup>

<sup>587</sup> Pelo Código italiano (art. 557), o prazo da prescrição para o delito de bigamia decorre do dia em que tenha sido dissolvido um dos dois matrimônios ou seja declarado nulo o segundo, por bigamia. Ver sobre esse dispositivo o comentário de JANNITTI PIROMALO, in *Il Codice Penale Illustrato Articolo per Articolo*, vol. 3.º, Milão, 1936, pág. 173, n.º 161. Também o Código uruguaio (art. 265) marcou o começo da prescrição no dia de dissolução de algum dos casamentos, por morte do cônjuge, ou de anulação do segundo, por causa da bigamia.

<sup>588</sup> (*Revista Forense*, 1941, vol. 37, pág. 588. *Extinção da punibilidade em face do novo Código Penal*).

<sup>589</sup> Notícia dos Estados Unidos, há pouco tempo, comentava haver um *legítimo* bigamo conseguido viver nesse estado durante quase 20 anos, em exemplar equilíbrio entre as duas esposas, perante cada qual justificando, com atividades comerciais imperiosas, os afastamentos periódicos... A *ausência* de um dos lares significava *presença* no outro, e *vice-versa*, ausência fideiíssimamente empregada sempre em presença, numa clogiável repartição, presumidamente equitativa, dos deveres conjugais. O falecimento do bigamo revelou o impostor... porque, se as esposas haviam comungado da afeição, em vida do “marido”, não podiam, como “viúvas”, partilhar entre si os bens do *de cuius*...

Por outro lado, fixando o início da prescrição na “data em que o crime se tornou conhecido”, não está o legislador se referindo ao conhecimento do agravado pelo crime ou dos interessados, mas ao conhecimento da autoridade pública, que é, mesmo, de presumir, no caso de publicidade ou notoriedade do fato.<sup>590</sup>

140. Conta-se por dias a prescrição, e não por horas. Não importa, portanto, a hora em que o crime foi cometido. O prazo corre igualmente para infrações realizadas *no mesmo dia*, ainda que em horas diferentes, e até afastadas, *v. g.*, às dez e às vinte horas. Se, ao contrário, o prazo fosse contado *momento ad momentum*, a prescrição começaria, para esses crimes, em ocasiões diversas, isto é, uma, pela manhã, outra, à noite. O prazo coincidiria, assim, exatamente, com o momento do crime.

É o sistema que a muito se afigura ideal, mas repellido da maioria dos autores e dos Códigos<sup>591</sup> pela flagrante insegurança, visto que o termo inicial dependeria de medida sobremodo imprecisa, qual a da hora em que o crime fosse

---

<sup>590</sup> NÉLSON HUNGRIA, in *Revista Forense*, vol. 87, loc. cit. O dec.-lei n.º 5.860, de 30 de setembro de 1943, que declara incorrer em expulsão do território nacional o estrangeiro que fizer falsa declaração perante o registro civil das pessoas naturais, para o fim de atribuir-se, ou a seus filhos, a nacionalidade brasileira (art. 2.º), estabelece, no art. 3.º, que, para o efeito de prescrição da ação penal contra o declarante e as testemunhas, considera-se praticado o crime no dia em que for conhecida a falsidade da declaração ao oficial do registro civil. A prescrição, no crime de falsidade ideológica de documento público, começa a correr da data do uso ostensivo do documento falsificado, decidiu o Supremo Tribunal Federal, reformando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que retardava o início da prescrição à data em que fora levada ao Departamento de Investigações a notícia do uso, dez anos antes, de uma certidão falsa (*Revista Forense*, 1948, vol. 118, pág. 525).

<sup>591</sup> COSTA E SILVA (ob., vol. e ed. cit., pág. 387) considera a contagem por horas a verdadeira solução, mas pouco prática, e destaca o Código polonês, que manda contar do *momento do crime* a prescrição.



praticado. Uma prova em si mesma deficiente, ou orientada por interesses que não os de justiça, seria o bastante para a dúvida sobre o ponto, tornando sempre incerto o marco da prescrição.

O conhecimento do dia do crime é a regra e exceção o seu desconhecimento. Assim, é medida muito menos arbitrária que a outra. E quando, em último caso, acontecer que não se possa determiná-la, cabe a solução favorável ao agente.<sup>592</sup>

Verdade que no cômputo *de die ad diem*, impossível, também, como observa GARRAUD, é tomar-se uma medida rigorosamente matemática, porque, ou se inclui, ou se exclui o primeiro dia, e qualquer que seja a solução inclui-se ou exclui-se, fatalmente, uma fração de dia.<sup>593</sup> Com efeito, se o crime foi cometido às dez horas, e a prescrição começa do dia, e não do momento do crime, há uma parte de tempo que antecede ao delito, e nada tem que ver com ele, sendo, entretanto, ponderada, para o curso da prescrição.

A questão oferece maior importância quando se trata de prazos curtos, em que algumas horas, a mais ou a menos, decidem da sorte do indivíduo. Tais inconvenientes, porém, são menos numerosos do que os resultantes da contagem por horas. Daí, a aceitação do sistema de cômputo por dias.

Foi esse o invariavelmente seguido pelo direito brasileiro, desde a lei n.º 261, de dezembro de 1841, até aos nossos dias.

<sup>592</sup> EUSÉRIO GÓMEZ, *Tratado*, ed. e vol. cit., pág. 681. VANNINI (ob., vol. e ed. cit., pág. 649, nota 1) faz referência a julgado italiano, de 1930, de que, ocorrendo dúvida sobre o momento em que o crime foi cometido, deve resolver-se em favor do acusado, para os efeitos da prescrição. Também LESSONA (*Elementi di Diritto Penale Positivo*, Turim, 1887, pág. 13) registra uma decisão de 1885, de Turim, no mesmo sentido.

<sup>593</sup> GARRAUD (*Traité*, vol. e ed. cit., pág. 554), sem desmerecer do sistema de cômputo do *momento* do crime, aceita o cômputo por *dias*, em vista da dificuldade prática em precisar-se a hora do crime.

através do Código de 1890 e das tendências afirmadas nos sucessivos projetos.<sup>594</sup>

É o adotado pela mor parte dos Códigos estrangeiros, embora não textualmente concordes os termos em que a preferência é declarada.<sup>595</sup>

141. Admitido, assim, que a prescrição comece no *dia do crime*, cumpre positivar o que se deve entender por essa expressão: se o dia em que a ação punível foi realizada, obtendo-se logo o resultado; ou o em que o resultado foi conseguido, tempos depois da execução. Ou melhor: o dia da atividade física do agente ou o da consumação do delito.

O Código de 1890 declarava, no seu art. 79, que o lapso prescricional decorria do dia em que o crime fora cometido.<sup>596</sup> O novo Código declara que do dia em que o crime *se consumou*. A diferença de expressões é tão sensível que não deixa dúvida: o legislador de 1940 segue a corrente dos que situam na data da consumação do crime o começo da prescrição. E se dúvida ainda pudesse haver em face do cristalino preceito, desapareceria, afinal, com o esclarecimento já prestado por NÉLSON HUNGRIA, um dos componentes da Comissão elaboradora do texto definitivo do Código. “No crime material, doloso ou culposo”, — escreveu — “se o resultado

---

<sup>594</sup> Lei n.º 261, art. 34: “O tempo para a prescrição conta-se do dia em que for cometido o delito”. Reg. n.º 120, art. 275; Consolidação, art. 79, 1.ª parte; projetos GALDINO, art. 59; SÁ PEREIRA, art. 152; Comissão Legislativa, art. 17; ALCÂNTARA MACHADO, art. 121. Como se vê, o processo de cômputo por dias não mais sofreu, entre nós, embargo, desde quando aceito, em 1841. Consagra-o o anteprojeto HUNGRIA.

<sup>595</sup> O Código espanhol de 1928 fora partidário da contagem *por horas* (art. 198: “O prazo da prescrição da ação penal começará a correr do *momento* em que o delito se tenha consumado ou frustrado”). Mas o Código de 1932 aderiu ao grupo dos que contam do dia do crime a prescrição (art. 117), regra respeitada no texto revisado em 1963.

<sup>596</sup> Era a mesma expressão já usada pela lei n.º 261 e pelo reg. n.º 120.

(necessário à consumação ou punibilidade) vem a ocorrer em dia posterior ao da ação ou omissão, *desse dia é que tem início o prazo prescricional*".<sup>597</sup>

Assim, alvejar o desafeto, e matá-lo, constitui crime de homicídio, consumado no instante em que foi executado. A prescrição corre desse dia, não porque seja o da execução do delito, mas porque é o da sua consumação. No caso, execução e consumação coincidiram no tempo. Mas, alvejar o desafeto, e feri-lo gravemente, é tentativa de homicídio, punível como tal, correndo a respectiva prescrição desde então, ou seja, do dia em que cessou a atividade criminosa (letra *b* do artigo), isto é, do dia em que o paciente foi alvejado e ferido.

Pode curar-se da lesão a vítima, pode sobrevir-lhe a morte. Na primeira eventualidade, não se modificam os termos da questão, porque a prescrição é sempre a de tentativa de homicídio, correndo daquele dia. Ainda que o fato venha a ser desclassificado de tentativa de homicídio para crime consumado de lesão pessoal, a prescrição, relativa a esse delito, há de começar do dia em que ele se consumou, e, no exemplo dado, esse dia é o mesmo da execução material.

Mas, se a morte sobrevier, desaparece a figura da tentativa de homicídio, para surgir a de homicídio consumado. No caso, a consumação não coincide, no tempo, com a execução material. Então, a prescrição do homicídio não corre do dia em que o indivíduo foi alvejado e ferido gravemente, mas do dia em que morreu, porque esse é que é o dia em que o crime se consumou (letra *a* do artigo).

Convém, pois, distinguir a ação e o resultado, porque diferente, quanto ao lapso prescricional, o seu efeito. A morte, dias após a lesão corporal, é o resultado da ação, dias antes realizada e concluída, do ponto de vista material, mas não perfeita e acabada, quanto ao objetivo do agente.

Desde que o Código fala do dia em que o crime *se consumou*, estão previstos na fórmula a ação e o resultado. Ao

<sup>597</sup> *Revista Forense*, vol. 87, loc. cit., pág. 587.

legislador brasileiro serviu de modelo o Código italiano, em cujo art. 158 se dispõe que a prescrição começa a correr *do dia da consumação do crime*.

Comentando a norma, VANNINI é muito claro, no exemplo que figura: no caso de homicídio doloso, o dia de começo do prazo da prescrição é o da morte do paciente.<sup>598</sup>

Em sentido oposto ao dos diplomas brasileiro e italiano, dispõem, entretanto, os Códigos, em sua maioria. A fórmula por eles usada, em geral, é a do “dia em que foi cometido o crime”, o que designa, evidentemente, a data do delito e não a data do resultado.<sup>599</sup>

Mas nem essa expressão está isenta de controvérsia. Haja vista como se pronunciaram PECO e SOLER, sobre o Código argentino, em que se fala do dia em que o delito se *cometeu* (art. 63). Sustenta o primeiro que esse é o dia da ação, posto a prescrição devesse contar-se da data em que o fato delituoso tem o seu desfecho. Alvitra o segundo que é o dia da consumação do crime, tanto que o legislador não adotou fórmula inequívoca, como a do Código alemão,<sup>600</sup> devendo, assim, entender-se que a prescrição começa do mo-

<sup>598</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., pág. 649, n.º 223.

<sup>599</sup> *Do dia em que foi cometido o crime* é a fórmula usada pelo Código de Instrução Criminal francês, art. 637; Código português, art. 125, § 4.º; Código espanhol, art. 114; Código chileno, art. 95; Código mexicano, art. 102, 1.ª parte. Era a fórmula adotada na nossa lei n.º 261, no reg. n.º 120, Código de 1890, projetos GALDINO e ALCÂNTARA. *Da meia-noite do dia em que o crime foi cometido* é a fórmula do Código argentino, art. 63, e foi a preferida pelos projetos brasileiros de SÁ PEREIRA e da Comissão Legislativa. *Do dia da consumação do crime* é a fórmula dos Códigos italiano, art. 158; uruguaio, art. 119. *Da meia-noite do dia em que se consumou o delito* é a fórmula do projeto argentino de 1937, art. 107. O projeto SOLER (1960) modifica a regra, mandando que a prescrição comece a correr desde que se produziu o resultado ou, à falta deste, desde que se realizou a ação ou omissão (art. 102).

<sup>600</sup> A fórmula alemã, que o ministro COSTA E SILVA faz lembrada, no seu teor, é, realmente, insofismável: “o dia em que a ação é praticada, *sem atenção ao tempo em que o resultado se verificou*” (COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 387).

mento em que se produz o “resultado típico da figura correspondente”.<sup>601</sup> O projeto argentino de 1937 abandona o texto do Código e adere ao critério da consumação do delito (art. 107). O de SOLER faz começar a prescrição “desde que se produziu o resultado, ou, à falta deste, desde que se realizou a ação ou omissão” (art. 102).

Pelo cômputo do dia da atividade do agente são os Códigos suíço e russo, usando, ambos, de expressões indubitáveis.<sup>602</sup> O Código suíço, mesmo, fugiu a qualquer das fórmulas consagradas, — como a do dia em que o crime se cometeu ou a do dia em que o crime se consumou —, representativas, ambas, dos dois sistemas de começo do prazo prescricional. Conforme o disposto, a prescrição corre do dia em que o *delinqüente exerceu a sua atividade delituosa* (artigo 71). Atividade, aqui, dá idéia de ação, mas em que se prescinde do resultado. Por isso, o Código não desce a distinguir entre a execução material acabada e a inacabada, para o efeito do começo da prescrição. Esse discrimine, no caso, seria supérfluo, desde que não é o fato consumado, mas o fato executado, que marca o início da prescrição.

O critério preferido pelo legislador brasileiro merece reparo. “O ponto de partida para a responsabilidade penal é o dia da execução do crime, e não o da sua consumação”, — argumenta GARRAUD. Por que não fazer concordar o termo inicial da responsabilidade penal com o do prazo prescricional, sem considerarmos o momento em que sobreveio o resultado visado pelo agente? “Esse resultado”, — continua —, “é o efeito de uma ação voluntária ou imprudente, e o ins-

---

<sup>601</sup> Ver JOSÉ PECO, in *Rev. Penal Argentina*, t. I, 1922, pág. 286, e SEBASTIÁN SOLER, ob. e ed. cit., t. II, pág. 457.

<sup>602</sup> Do momento da execução do crime era a fórmula do antigo código soviético (art. 14). No texto oficial adotado em 1946, a expressão usada foi “prática do crime”. No Código Penal promulgado em 1960, fala-se em “dia da prática da infração”. O critério do “momento” ficou reservado para a contagem da prescrição na hipótese de interrupção do seu curso por novo crime ou pela evasão do acusado (art. 48).

tante em que esta ação foi praticada é decisivo, assim do ponto de vista da responsabilidade, assim do da prescrição". E ainda mais: "o esquecimento, *motivo principal da prescrição*, começa a sua obra desde o dia em que a atividade criminal se exerceu".<sup>603</sup>

No caso de homicídio, sobrevindo a morte, a prescrição é a do crime de homicídio, e não a do crime de lesão corporal, como seria se a morte não ocorresse. Ora, se a prescrição é relativa ao homicídio, e não à lesão pessoal, é razoável contar-se de agora o seu curso, isto é, da data da morte da vítima, quando esse resultado não existiria sem a ação?

A ação, de que resultou a morte, é que é o fato reprovado pela lei; a morte é um dos efeitos da ação punível, o mais grave dos seus efeitos, sem dúvida.

Encarando-se, por outro lado, ação e resultado, quanto à repercussão social, verificamos que o alarme contra o crime não é oriundo da morte, mero resultado, mas da atividade do agente dirigida no sentido desse resultado.

De regra, a execução material do delito, revestida de circunstâncias algumas vezes impressionantes, é que abala a sociedade, provocando manifestações de mal-estar e recriminações, e criando a convicção geral da necessidade da punição do delinquente. A sociedade desperta, impelida a agir, quando infringida a lei penal. O mais é a fixação do ponto violado, para adequar-se a pena, ou a medida defensiva, de acordo com a extensão e a profundidade da ofensa. Algo assim como o diagnóstico médico, precisando a natureza do mal, para a terapêutica apropriada. O fato, em si, — crime ou doença —, não deixa de ser o mal.

Quantas vezes, na ocasião da morte, dias ou meses depois da lesão causal, já o tempo realizou notável progresso no amortecimento da impressão que o crime deixara! Raramente, a superveniência da morte traz consigo abalo próprio, isto é, abalo que não seja simples e transitório reanimar

---

<sup>603</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 559.



do anterior, ao tempo do crime. E muitas vezes, até, o sentimento social, nos seus reclamos de punição, insistentes na data do delito, já enfraqueceu à época da consumação quando outras circunstâncias, outros propósitos, quicá interesses e conveniências, insuflam critérios de julgamento diversos, ou, pelo menos, tolerantes e transigentes.

Se a prescrição não é benefício ou favor ao criminoso, mas imposição do tempo, pela evidência da inutilidade de punição, quando demasiado retardada, a obra do esquecimento, a que se refere GARRAUD, começa incontestavelmente, no dia da ação, e desse dia deve contar-se a prescrição.

Na hipótese de delito formal, e não material, é óbvio que a data inicial da prescrição é o dia da execução material, porquanto esta, independentemente da verificação do resultado, já é, em si mesma, o delito consumado. VON LISZT entende que, colocada, por exemplo, uma máquina incendiária, desse dia é que se conta a prescrição do crime de incêndio.<sup>604</sup> A solução, entretanto, não é pacífica.

142. Comece a correr a prescrição com a prática do crime, ou com a sua consumação, outra questão, tanto ou mais delicada, urge decidir, e é a de saber se o dia do crime se inclui no prazo, como o seu primeiro dia.

A tese da exclusão (*dies a quo non computatur in termino; dies ad quem computatur in termino*) teve em ORTOLAN o mais veemente dos defensores, através de considerações que não perdem a atualidade, e estão assim brilhantemente resumidas pelo advogado e jurista AFRÂNIO DE CARVALHO, em lúcido estudo sobre o cômputo da prescrição no projeto brasileiro de 1935:<sup>605</sup> “A princípio, aquele notável professor (ORTOLAN) assinala que, quando se trata de medir geometricamente uma distância, por ser o ponto de partida puramente matemático, isto é, uma abstração desprovida de

<sup>604</sup> F. VON LISZT, ob., vol. e ed. cit., pág. 409, nota 1.

<sup>605</sup> AFRÂNIO DE CARVALHO, *O Projeto do Código Criminal e o cômputo da prescrição*, in *Arq. Judiciário*, 1936, vol. 39, pág. 69, suplemento.

dimensões, irrelevante é contar, ou deixar de contá-lo, na medida: é *unum et idem*.

“Outro tanto não acontece quando, passando da abstração à realidade, o ponto de partida é um todo físico com dimensões maiores ou menores, por exemplo, uma casa, um rio, uma cidade, hipóteses em que se toma a linha exterior da casa, a margem mais próxima do rio, a primeira casa da cidade, do lado onde se trata de medir a distância, sem jamais se incluir na medida todo o fundo da casa, toda a largura do rio, toda a extensão da cidade até a extremidade oposta. Analogamente, a medida do tempo entre os acontecimentos da vida, e sobretudo a medida legal ou convencional, seja a partir do século, do ano, do mês, do dia, os quais ocupam um espaço de tempo mais ou menos longo e formam na nossa maneira de ver ou na determinação da lei um só todo, deve fazer-se da extremidade mais próxima de cada qual ou, por outras palavras, excluir o espaço de tempo ocupado pelo século, pelo ano, pelo mês, pelo dia.

“A justa adverte ainda que a mesma reflexão se aplicaria se a medida se fizesse por horas, ou por minutos, ou por segundos, visto como, embora apoucado, o marco inicial teria sempre a sua dimensão, de sorte que, para eliminar a contingência de excluí-lo, seria mister reduzi-lo ao ponto matemático, sem comprimento nem largura, a um instante de razão, sem duração alguma, a uma abstração que não existe senão no nosso pensamento e que não se encontra na realidade.

“Isto posto, para saber se o dia dum acontecimento, quando a medida se faz por dias, deve ficar compreendido na distância marcada pela lei a partir daquele acontecimento, basta averiguar qual seria a resposta para a hora, para o minuto, para o segundo no qual o mesmo ocorreu.

“Ora, como o crime faz nascer a ação penal, ao passo que o tempo da prescrição a extingue, incluir neste tempo a hora, o minuto, o segundo mesmo do crime nada mais representa que adicionar duas forças em antagonismo.

“Pois bem, o que não poderá ter cabimento para a hora ou para o minuto do crime, tampouco o poderá ter para

o dia, porquanto, desde que a lei tomou, em matéria de prescrição, o dia por unidade de tempo, sem admitir o seu fracionamento, o dia do crime desempenha na questão o mesmo papel que nela desempenharia a hora, ou o minuto do crime, se a lei ordenasse a contagem por horas ou por minutos.

“A distância traçada para a liberação deve-se medir a partir do crime, mas o crime evidentemente nela não fica compreendido; logo, encerrando a lei num mesmo dia, sem fracionamento possível, o espaço que o crime ocupou no tempo, é a partir da mais próxima extremidade desse espaço, da linha exterior que olha para o futuro, que se deve tomar a medida, vale dizer, no fim do dia”.

Ainda pela exclusão do *dies a quo* manifestou-se TRÉBUTIEN. A seu ver, correndo da data, e não da hora do delito, a prescrição da ação penal, contemplar no prazo o dia do delito seria admitir que a ação comece antes do próprio crime, quando do crime é que ela nasce. Assim, não pode começar senão ao termo do dia, porque somente então a infração está perfeita. Desde que a lei não cogita da hora do delito, o dia em que foi ele realizado é uma unidade de tempo indivisível, e incluso, que seja no prazo da prescrição, deixará este de estar completo, porque do raiar do dia até ao momento do crime haverá sempre um determinado espaço.<sup>606</sup>

A mesma impressão de que, contado por dias o prazo, o *dies a quo* “não pertence, por inteiro, ao delito”, levou GARRAUD a opinar também pela exclusão, incorporando-se à corrente de que ORTOLAN, com efeito, é o mais autorizado representante. O dia seguinte ao do crime deveria ser, assim, o primeiro dia do lapso prescricional.<sup>607</sup>

Entre os franceses, a controvérsia girou principalmente em torno da expressão usada pelo Cód. de Instrução Crimi-

<sup>606</sup> TRÉBUTIEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 148.

<sup>607</sup> Na França, ainda são pela exclusão CUCHE, VIDAL, ROUX, DEGOIS. Diz VIDAL que, contando-se por dias, e não por horas, a prescrição, não se deve ter em conta senão o dia completo, de vinte e quatro horas (GEORGES VIDAL-JOSEPH MAGNOL, ob. e ed. cit., pág. 310).

nal, e revestiu, às vezes, aspectos curiosos. A ação penal prescreve “à compter du jour où le crime aura été commis”, explicava o Código, no seu art. 637. Que significa *à compter du jour* foi sempre a indagação de quantos se mostraram interessados em resolver, pela exegese do texto legal, a dúvida sobre a inclusão do *dies a quo*.

Como era natural, a fórmula do Código, ainda que pudesse ser tida por muito clara, serviu de fundamento aos partidários da inclusão, como aos partidários da exclusão. Aqueles argumentaram que, se fora pensamento do legislador abandonar o dia do delito, teria dito *à compter du lendemain du crime*. Replicaram os outros que, adotada essa expressão, ainda subsistiria a dúvida, não mais sobre o dia do crime, porém sobre o dia seguinte, isto é, sobre se este estava compreendido no prazo, ou se o prazo devia correr do outro dia, do terceiro dia, afinal.

A divergência, posta assim em termos de interpretação gramatical, não seria solucionada com facilidade. Se a TRÉBUTIEN, por exemplo, parecia impossível atribuir-se àquela expressão outro sentido *gramatical* que não o de exclusão do *dies a quo*, já a GARRAUD, DEGOIS e outros, — partidários embora da exclusão, — as palavras do Código se afiguravam equívocas, permitindo os dois sentidos.<sup>608</sup>

HAUS é o mais invocado dos adeptos da inclusão do *dies a quo*. A prescrição, afirmava, deve começar desde que a ação nasce. Contando-se por dias a prescrição, e não por horas, ou de momento a momento, o *dies a quo* é indivisível, forma um só todo. Incluindo-se este dia, por inteiro, no prazo, faz-se a prescrição começar, não antes, mas ao mesmo tempo em que a ação penal se inicia.<sup>609</sup> Com o mesmo ponto de

<sup>608</sup> GARRAUD, *Tratté*, vol. e ed. cit., pág. 555; C. DEGOIS, ob. e ed. cit., pág. 530.

<sup>609</sup> HAUS, ob. vol. e ed. cit., pág. 536, n.º 1.336. Pensa AFRÂNIO DE CARVALHO (*in Arq. Judiciário*, 1936, vol. 39, loc. cit., pág. 69, suple-

IMPALLOMENI (*Il Codice Penale Italiano*, Florença, 1890, pág. 332) opina pela exclusão do *dies a quo*, afirmando que o dia do delito é ponto de partida, e não tempo de prescrição.

vista, entre outros, FAUSTIN HÉLIE, na França, MANGIN e PRINS, na Bélgica, MERKEL, na Alemanha, ESCOREL, LIMA DRUMOND, FILINTO BASTOS, BENTO DE FARIA, MACEDO SOARES e COSTA E SILVA, no Brasil. O último argúi, em favor da inclusão, que somente assim concorrem, no seu começo, a ação e a prescrição, não havendo nenhuma razão para que não coincidam.<sup>610</sup>

Dentre os Códigos são expressos, excluindo o *dies a quo*, o argentino e italiano. Este, através de norma geral sobre o cômputo e decorrência de prazos (art. 14), e aquele, através do disposto no particular, mesmo, da prescrição.<sup>611</sup>

No Brasil, se a maioria dos doutrinadores se inclinou para a teoria da inclusão, os projetos do Código não guardaram, contudo, uniformidade. Pela inclusão, era o de ALCÂNTARA MACHADO, e pela exclusão os de SÁ PEREIRA e da Comissão Legislativa.<sup>612</sup>

---

<sup>610</sup> Ver MANGIN, ob., vol. e ed. cit., pág. 157; PRINS, ob. e ed. cit., pág. 539, n.º 972; A. MERKEL, *Derecho Penal*, trad. de P. DORADO, Madri, vol. 1.º, pág. 353; LIMA DRUMOND, ob. e ed. cit., pág. 79; FILINTO BASTOS, ob. cit., vol. 1.º, 1906, pág. 306; BENTO DE FARIA, ob., vol. e ed. cit., 1929, pág. 172, n.º 135; MACEDO SOARES, ob. e ed. cit., pág. 190; COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 387. Segundo MACEDO SOARES, a inclusão do dia do delito era, para ESCOREL, exceção à regra *dies a quo non computatur*. Por seu lado, FILINTO BASTOS defendia a inclusão, apreciando o disposto no Código de 1890.

<sup>611</sup> Código argentino, art. 63; Código italiano, art. 14: "Sempre que a lei penal estabeleça um prazo para a verificação de um efeito jurídico, o dia da decorrência não é computado no prazo". MASCIORINO CAPELLO (*Diffamazione e Ingiuria*, 2.ª ed., Turim, 1910, pág. 171, n.º 187), por isso que o antigo Cód. Penal italiano usava da expressão "a prescrição *decorre*", e não "a prescrição *começa*", opinou que o Código excluía o *dies a quo*.

<sup>612</sup> Projeto ALCÂNTARA, art. 7.º: "Computam-se os prazos, em matéria penal, *incluindo o dia do começo*". O projeto SÁ PEREIRA

---

mento) que se deve descontar a *Haas* o haver se manifestado em face do texto expresso de lei, mandando incluir o *dies a quo*. Realmente, a lei belga de 17 de abril de 1878 determinava que "o dia em que a infração foi cometida é compreendido no prazo da prescrição". PRINS também opinou, conhecendo esse texto legal.

O Código atual pendeu para o sistema da inclusão, visto que no seu art. 8.º, relativo à contagem de prazos, em geral, se declara que “o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo”.<sup>613</sup>

O critério vencedor para a matéria penal coincidiu com o princípio então vigente em matéria civil, da inclusão do *dies a quo*, profunda modificação introduzida pelo Código processual civil, vigente antes do Cód. Penal.

Acontece, porém, que logo se esclareceu haver sido essa inovação fruto de um *erro de revisão*, por via do qual, substituindo-se, no texto legal, o verbo *excluir*, pelo verbo *incluir* e *vice versa*, desatendeu-se, sumariamente, ao preceito do nosso Cód. Civil (art. 125), que estabelecia como regra a exclusão do *dies a quo* nos prazos, em geral.<sup>614</sup> Efetivamente, o dec.-lei n.º 4.565, de 11 de agosto de 1942, que alterou e retificou disposições do Código processual civil, também transformou o texto sobre a contagem dos prazos, mandando

---

<sup>613</sup> Diverso o que dispõe o art. 8.º do Código Penal (o *dia do começo inclui-se no cômputo do prazo*) e o que dispõe o art. 798, § 1.º, do Cód. de Processo Penal (*não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento*) a jurisprudência tem orientado as suas decisões pela norma de caráter substantivo. Em acórdão de 27-8-1968, da 2.ª Turma do Supremo, ficou explicitado que o prazo termina, “não no dia idêntico do mês e ano seguinte, mas à meia-noite do dia anterior” (*Diário da Justiça*, de 25-10-1968). Ver na *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 17, pág. 189, notícia de decisões judiciais pela inclusão do *dies a quo*.

<sup>614</sup> Ver, a propósito dessa disposição, o esclarecimento do Dr. PEDRO BATISTA MARTINS, in *Comentário ao Código de Processo Civil*, ed. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1940, vol. 1.º, pág. 112, n.º 94.

---

(art. 152) e o da Comissão Legislativa (art. 17) usavam de fórmula inequívoca da exclusão do *dies a quo*: *da meia-noite do dia em que o crime se cometeu, da vigésima quarta hora do dia em que se tiver cometido o crime*. Seguiram ambos o estilo do Código argentino (art. 63), mantido no projeto de 1937 (art. 107), porém abandonado no Projeto SOLER (1960).



agora *excluir* o dia do começo e *incluir* o do vencimento (art. 3.º do dec.-lei n.º 4.565, art. 27 do Cód. de Proc. Civil).<sup>615</sup>

Conhecesse, ou não, a leal explicação, a Comissão Revisora do projeto ALCÂNTARA MACHADO aceitou a norma que este inseria, e consagrou, plenamente, o princípio da inclusão. Amparou-se, sem dúvida, nos precedentes, — o opinar dos intérpretes do velho Código, o voto dos seus aplicadores, em decisão judiciária divulgada, o rumo traçado pelo projeto ALCÂNTARA, o preceito terminante, hoje revogado, do novo Código processual civil...

E assim ficou prevalecendo no Brasil o princípio da inclusão do dia do crime no prazo da prescrição penal.

**Termo  
inicial da  
prescrição  
após a  
sentença  
condena-  
tória irre-  
corrível**

*Art. 112. No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:*

a) *do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;*

b) *do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 80, 1.ª parte.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* alemão, art. 70, inc. 3.º, argentino, art. 66; chileno, art. 98; espanhol, art. 116; etíope, art. 235, § 1.º; finlandês, cap. VIII, §§ 7.º e 8.º; grego, art. 115; holandês, art. 77, (1.ª e 3.ª partes); italiano, art. 172, (4.ª e 5.ª partes); mexicano, art. 103; norueguês, art. 73, (1.ª e 4.ª partes); português, art. 125, § 7.º; soviético, art. 49 (1.ª parte); suíço, art. 74; venezuelano, art. 112.

<sup>615</sup> Ver o dec.-lei n.º 4.565, no *Anuário de Legislação Federal*, ed. "Jornal do Comércio", fasc. 7, agosto, 1942, pág. 599.

**BIBLIOGRAFIA.** CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Da Suspensão Condicional da Pena*, Rio de Janeiro, 1926, págs. 204 a 216; F. WHITAKER, *Condenação Condicional*, Rio de Janeiro, 1930, pág. 139; OTORRINO VANNINI, *Il Codice Penale Illustrato Articolo per Articolo*, direção de Ugo CONTI, vol. 1.º, Milão, 1934, pág. 678, n.º 256; ADOLFO BERGAMINI, *"Sursis" e Prescrição*, Rio de Janeiro, 1935.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 143. Começo da prescrição da pena. 144. No caso de revogação da condenação condicional e do livramento condicional. 145. No caso de interrupção da execução da pena.

143. Dispõe o artigo *supra* sobre o começo da prescrição da pena. Vimos, no comentário ao art. 110, que o lapso se calcula com base na pena imposta na sentença. A sentença condenatória, por conseguinte, não podia deixar de ser o termo inicial. E uma vez que a prescrição da pena, como também assentado no art. 110, só existe depois de transitada em julgado a condenação, é claro que a sentença que assinala o ponto originário da prescrição é aquela que já se tornou definitiva. Tal o preceito do art. 112, letra a, 1.ª parte, dentro da constante orientação do nosso direito. Assim estabelecem, entre outros, os Códigos português, italiano, uruguaio.<sup>616</sup>

Sentença passada em julgado, para esse ou qualquer efeito, é aquela de que não houve recurso, ou em que, havendo, não foi provido. Para que a prescrição comece a correr, há que esperar, portanto, pela intimação ao acusado, e pela decorrência, dessa data, do lapso para o recurso.<sup>617</sup> Não

---

<sup>616</sup> Código português, art. 125, § 7.º, 1.ª parte; Código italiano, art. 172, inc. 4, 1.ª parte; Código uruguaio, art. 129; Código espanhol, art. 116. O Código argentino (art. 66) faz a prescrição começar do dia em que o réu é intimado da sentença. Recua, com isso, o termo inicial, favorecendo o acusado.

<sup>617</sup> Pelo Cód. de Proc. Penal do Brasil, art. 392, a intimação da sentença é feita ao réu, pessoalmente, se estiver preso, ou ao

interposto, este, no prazo legal, a sentença preenche a condição para ser executada, como definitiva que é. Inaugura-se, nesse momento, o curso da prescrição da pena. Porque antes o que há é uma sentença condenatória recorível, com o efeito, somente, de interromper a prescrição da ação, *ex vi* do art. 117, n.º IV.

Por sua vez, manifestado recurso, a instância superior, dele conhecendo, manterá ou reformará a sentença. Mantendo, a condenação é tida como proferida desde a sua data, de modo que o prazo prescricional começa daí, e não da data da confirmação. Essa solução é de indisfarçáveis consequências, visto como duas datas, algo espaçadas, se apresentam para a contagem do lapso da prescrição, e a escolha de uma ou outra criará situação em realidade favorável ou desfavorável ao réu. Sentença, por exemplo, de 30 de janeiro de 1942, e recorrida, só virá a ser confirmada, diga-se, em 30 de junho. A prescrição da pena, verificável depois que a sentença transita em julgado, e desse dia começando a correr, teria que se iniciar em 30 de janeiro, data da sentença, ou em 30 de junho, data da sua ratificação pela instância revisora. A preferência pela data antiga não obedece a mero propósito de beneficiar o acusado. Em verdade, o acórdão que confirma uma sentença constitui com ela um só julgado, e com a mesma data.

---

seu defensor, ou por edital, em hipóteses previstas no mesmo artigo. O prazo para a apelação correrá da data da intimação, e, havendo edital, do término do prazo nele fixado. Como salienta J. Luís FRANCESCINI (*O instituto da prescrição penal*, *Justitia*, São Paulo, vol. 1.º, fasc. II, novembro, 1939, junho, 1940, pág. 175), as partes não são intimadas simultaneamente, mas, em regra, sucessivamente, de modo que a sentença transita em julgado para uns antes, e para outros, depois, dependendo da prioridade na intimação. Na hipótese de vários sentenciados, portanto, a data do começo da prescrição penal, em geral, não coincide. A circunstância, tratando-se de intimação ao Ministério Público e ao réu, tem importância para a questão da prescrição pela pena abstrata ou pela pena concreta, conforme exposto no comentário ao art. 110 e seu parág. único.

A prescrição, assim, deve contar-se da época da sentença e não da época do acórdão.<sup>618</sup>

Como visto, o art. 110 e o art. 109 declaram, respectivamente, que a prescrição se regula pela pena imposta na sentença, ou pelo máximo da pena cominada ao delito, consoante a sentença condenatória tenha transitado, ou não, em julgado. E a letra *a* deste art. 112 estabelece, por seu turno, que, na primeira hipótese, começa a prescrição a correr do dia em que a sentença se torna definitiva. Esse limite, entretanto, pode ser retardado, por demora na intimação da sentença às partes; mas isso não altera a regra, para que a prescrição então se regulasse pela pena imposta. A solução é prudente.<sup>619</sup>

144. Prevê o Código, ainda, na letra *a* do artigo, os casos de suspensão condicional da pena e de livramento condicional, para firmar como o primeiro dia da prescrição o em que transita em julgado a sentença que revogou uma ou outra dessas medidas.

A regra não oferece dificuldades, na prática, e sua justificativa prescinde, outrossim, de maiores considerações. Pela suspensão condicional, deixa de se efetivar, durante certo período, e mediante condições, a pena. Mas a sua execução não está fraudada, negligenciada ou desfeita. Assim, não há

---

<sup>618</sup> Ver acórdão da 1.<sup>a</sup> Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, de janeiro, 1930, *in* PIRAGIBE, ob. e ed. cit., vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 699, n.<sup>o</sup> 2.228.

<sup>619</sup> O Tribunal Federal de Recursos, com vista a uma sentença condenatória datada de dezembro de 1945, no mesmo dia publicada em cartório, e dela somente em junho de 1950 sendo intimado o promotor público, decidiu pela prescrição baseada na pena *in abstracto*, ainda que não houvesse culpa do condenado na irregularidade, isto pelo entendimento dado aos arts. 109 e 110 do Código: ac. de 4-12-50, *in Revista Forense*, 1952, vol. 139, pág. 376.

como possa correr prescrição contra a condenação, <sup>620 - 621</sup> porque seria admiti-la de uma pena tão-somente sustada, e por deliberação de quem competente para fazê-la cumprir. Ademais, se a prescrição corresse, dar-se-ia o caso, como frisa CRISÓLITO DE GUSMÃO, de poder o seu lapso ser atingido antes que o tempo de prova da condenação condicional houvesse decorrido, de modo que o excedente desse tempo seria inócuo. <sup>622</sup> Mas desde que a suspensão seja revogada, por qualquer circunstância, reintegra-se, em toda a plenitude, o direito da sociedade, de aplicar a pena. Enquanto não a executar, a prescrição, naturalmente, está correndo.

Também na hipótese de livramento condicional, a decisão que o anula habilita, de novo, a sociedade a efetivar a pena. A demora em fazê-la cumprida significa inexecução, determinando, pois, a prescrição, que começa, pelas mesmas razões, da data da sentença revogatória, regulada, embora, pelo restante da pena, conforme disposto no art. 113.

O texto legal requer, evidentemente, a sentença de revogação do benefício, para que possa correr o prazo da prescrição. Assim, o prazo não começa da data do fato que provoca a revogação, mas da data da decisão que torna sem efeito a condenação ou o livramento condicional.

---

<sup>620</sup> Não precisaria o Código dizer que durante o tempo de suspensão da pena não corre prescrição, como o fazia, aliás, o decreto instituidor, entre nós, da condenação condicional (dec. n.º 16.588, de 6 de setembro de 1942, art. 4.º). Sustentar, conclui decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Câmaras Criminais Conjuntas, em 21-2-49, no *habeas corpus* n.º 24.681, *Rev. dos Tribunais*, vol. 179, pág. 567) — que a concessão do *sursis* não suspende o decurso do prazo prescricional seria abolir, em determinados casos, os efeitos daquele instituto.

<sup>621</sup> Em decisão de que foi relator, em 8-5-53, na 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada de São Paulo, lembrou o desembargador ADRIANO MARREY que a suspensão condicional da pena não passa de incidente da execução da sentença condenatória, sendo inadmissível, destarte, que durante ela corra prescrição da condenação (*Revista Forense*, 1954, vol. 155, pág. 387).

<sup>622</sup> CRISÓLITO DE GUSMÃO, *Da Suspensão Condicional da Pena*. Rio de Janeiro, 1926, pág. 195.

Não parece feliz a solução do Código. Ocorrem-nos, a propósito, as brilhantes razões expendidas pelo advogado e jurista ADOLFO BERGAMINI, em caso concreto, confiado ao seu valioso patrocínio profissional. Segundo argumentava, a imposição de outra pena ao condenado condicionalmente, é que determina a revogação do *sursis*, e nesse instante mesmo a sociedade recobra, automaticamente, o seu poder de punir. O mais é a declaração do fato que operou o rompimento do vínculo entre o condenado sob condição e a sociedade, e uma declaração não faz mais do que reconhecer a existência dos fatos, não os cria, nem pode criar.<sup>623</sup>

Presentemente, os dispositivos legais não autorizam contar-se o lapso prescritivo da data da causa revogante do benefício. Assim é que o Código, no seu art. 59, § 3.º, especifica que o juiz, quando facultativa a revogação, pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova, e o Cód. de Processo Penal, pelo art. 581, ns. XI e XII, dá recurso no sentido estrito da *decisão que revogar* a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, e pelo art. 707, e § 2.º, expõe os elementos em que se deve apoiar a decretação da revogação.

Em face dessas disposições, falando o Código em correr a prescrição da data em que passa em julgado a *sentença que revoga* o benefício, não há dúvida que devendo a revogação ser por meio de decisão ou sentença, somente da data em que esta se torna definitiva é que deflui a prescrição da pena.<sup>624</sup>

<sup>623</sup> ADOLFO BERGAMINI, "*Sursis*" e *Prescrição*, Rio de Janeiro, 1935, págs. 19, 21 e 23.

<sup>624</sup> Ver in *Arq. Judiciário*, 1941, vol. 60, pág. 281, decisão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Apelação de São Paulo, considerando *revogado* um *sursis*, porque novo delito foi praticado dentro do período de prova, muito embora a respectiva sentença condenatória somente transitasse em julgado após expirado o período. São interessantes os seguintes pontos desse julgado: "Mas, quando os autores exigem sentença irrevogável, quer para impedir a concessão do *sursis*, quer para a revogação, aludem eles a uma condição ou requisito *processual*, a uma *garantia do Juízo*, em prol da indispensável *certeza jurídica*, a fim de ser decretada a concessão ou



145. Na letra *b* do art. 112 estabelece o Código que a prescrição começa a correr do dia em que se interrompe a execução da pena. Cumpre-se a pena sem intervalos ou intermitências, salvo as interrupções que a lei prevê ou admite, resultantes, umas, de imperiosas circunstâncias, outras, de estádios ou maneiras da própria execução, tais a condenação e o livramento sob condição. O fato interruptivo, enquanto perdura, ocasiona a inexecução da pena, e conta-se, por isso, da sua data o prazo prescricional.

Assim, na hipótese de evasão do sentenciado, o lapso decorre do dia da evasão e não do dia da condenação. O contrário, isto é, continuar na data da condenação o termo inicial, seria, como alegado, concorrerem ao mesmo tempo a execução da pena e a sua prescrição, quando as duas realidades, por definição mesma, não podem coexistir. Com a evasão do sentenciado interrompe-se o cumprimento da pena. Aí é que está o marco da nova prescrição, tanto que o prazo se regula pelo restante da pena, como disposto no artigo seguinte. A norma é a mesma dos Códigos argentino (art. 66), português (art. 125, § 7.º), belga (art. 95, 1.ª parte), etc. Isto posto, o dia da evasão inclui-se no lapso, como o seu primeiro dia, *ex vi* da regra geral do art. 8.º do Código.

---

a revogação". E mais adiante, na mesma ordem de idéias: "O *sursis* só é concedido sob a condição de não cometer o beneficiado outro delito, dentro do prazo fixado na respectiva concessão. Exige a lei que o beneficiado não reincida, genericamente, não pratique outra infração penal, dentro do referido prazo. Ora, se é o crime, em si, a *prática criminosa*, o delito por assim dizer *virtual*, o que o beneficiado deve evitar para não decair do benefício, é claro e intuitivo que a *data*, o *momento*, o *tempo* da consumação do delito é que se deve ter em conta como marco legal decisivo da revogação. Nem seria curial tomar-se o julgamento por baliza da questão, sabido que os processos em geral só atingem o julgamento definitivo e irrevogável após longa e demorada travessia no tempo". Tão claras e convincentes razões, em torno da finalidade do instituto do *sursis*, demonstram que o prazo prescricional, no caso de revogação da condenação condicional deve correr do momento em que se manifestou a causa revogatória e não de quando transita em julgado a sentença declaratória da revogação, como exigido pelo Código.

A norma constante desta letra abre-se, entretanto, uma exceção, e é que a prescrição não corre, apesar da interrupção da pena, quando nesta for computado o tempo em que a execução esteve suspensa. Assim dispõe, na sua última parte, a letra *b*. Em tal hipótese, a execução material da pena sofre embaraço, mas, por circunstâncias especiais, o tempo da interrupção não se desconta do tempo da pena. É como se interrupção não tivesse havido. Assim, pelo previsto no art. 33 do Código, o condenado a quem sobrevém doença mental, deve ser recolhido a manicômio judiciário, ou, em sua falta, a estabelecimento adequado, inteirando-se a pena com o tempo da interrupção, como disposto no art. 34. De modo que a loucura do sentenciado, ocorrente no período de cumprimento da pena, determina a sua transferência para nosocômio, mas o obstáculo à maneira por que a pena se executa não tem efeito de paralisá-la. Não há, pelo exposto, correr prescrição.

**Prescrição,  
no caso de  
evasão do  
condenado  
ou de revo-  
gação do  
livramento  
condicional**

*Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 80, parág. único.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* belga, art. 95; dinamarquês, art. 94, *in fine*; holandês, art. 77, (2.<sup>a</sup> parte); norueguês, art. 73, (3.<sup>a</sup> parte); português, art. 125, § 7.<sup>o</sup>, *in fine*; soviético, art. 49, (3.<sup>a</sup> parte).

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 146. Evasão do condenado. 147. Como se conta o prazo prescricional. 148. Circunstâncias em que se dá a evasão. 149. Livramento condicional revogado.

146. Os homens, se não justificam na lei, ao menos compreendem o ímpeto que leva o presidiário a buscar a vida

livre. Punir a evasão, só pela evasão, é fulminar a natureza humana, num dos seus atributos substanciais, que é o instinto da liberdade. Não quer isto dizer incentivo ou aplauso à fuga, porque esta, afinal, é sempre ato de desobediência ao veredicto dos órgãos sociais de justiça. Mas diante de um encarcerado que encontrou os caminhos da liberdade, a expressão de reprovação ao fato em si, pelo que significa de rebeldia, há de ceder naturalmente, a um sentimento, bem mais humano, de benignidade. Porque somente povos que tenham perdido a consciência do seu destino não estimarão que os homens conservem, mesmo na penúria de liberdade, a paixão dessa liberdade.

Indulgência, no caso, não representa, pois, conivência. Há que chamar o transviado ao seu dever para com a sociedade, apenas em parte cumprido. O poder público não despe a prerrogativa de exercer a punição, pelo que resta a executar. O que lhe não cabe é extremar-se em intolerâncias ou rigorismos.

Nesse pressuposto, a evasão é crime, se consumada com violência. Não é o ato da fugida que se reveste de criminalidade. Reside o delito nos processos e meios violentos usados, — violência às pessoas, ou às coisas, mas sempre violência. <sup>625</sup>

147. A norma do art. 111 está inspirada nessa orientação. A fuga do condenado interrompe o cumprimento da pena, possibilitando, de novo, a prescrição. Mas esta se regula, não pelo tempo integral, isto é, o já cumprido e o ainda por cumprir, mas pelo tempo restante. Não parece a COSTA E SILVA que seja este o melhor critério. Argumenta que a base para o lapso prescricional é a pena imposta, a qual, por sua vez, assenta na gravidade da infração, e a essas razões se desa-

---

<sup>625</sup> O Código italiano (art. 385), caracterizando o delito de evasão, prescinde do elemento violência. Como ressalta o grande penalista argentino EUSÉBIO GÓMEZ, somente nos regimes totalitários, em que o desprezo pelo sentimento da liberdade humana é completo, é que se encara sob esse prisma a evasão do condenado (*in Tratado*, ed. cit., t. 5.º, pág. 610).

tende quando se manda descontar, para efeito do novo prazo, o período já executado da pena.<sup>626</sup> Repare-se, porém, que o foragido tem quitação parcial das suas obrigações penais. Se a evasão não anula essa quitação, não deve o período já cumprido da pena entrar como base para o cálculo da prescrição, reaberta.<sup>627</sup>

No direito positivo brasileiro vigorou sempre a regra do cômputo integral. O dec. n.º 774, de 20 de setembro de 1890, que, como vimos, instituiu a prescrição da condenação, dispôs que, evadido o sentenciado, em cumprimento da pena, a prescrição começaria a correr novamente do dia da evasão. O Código de 1890 conservou o preceito. Os projetos SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO, no entanto, romperam com a tradição, firmando que o tempo da prescrição, em caso de fuga, se regula pelo que resta da pena.<sup>628</sup>

Entre os sistemas do cômputo por inteiro e do cômputo da parte ainda não cumprida da pena, decidiu-se o Código belga por solução intermédia: o lapso de pena já executada que ultrapassar cinco anos é levado em conta, para cálculo da prescrição. Assim, nos exemplos figurados por NYPELS, se um indivíduo, condenado a vinte anos de prisão, se evade aos sete anos de preso, serão ainda necessários 18 anos para que a prescrição se consume, isto é, o prazo normal da prescrição, que é de 20 anos, menos dois anos, de pena já cumprida, além de cinco. Se a evasão ocorrer depois de 15 anos de cumprimento da pena, a prescrição será de 10 anos, isto é,

<sup>626</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 402.

<sup>627</sup> MAGALHÃES NORONHA não considera tão simples a solução, na hipótese de prisão preventiva ou provisória que o foragido tenha sofrido, antes de começar a cumprir a pena a que foi condenado. Atendendo, contudo, a que o art. 34 do Código vigente manda computar esse lapso na pena privativa de liberdade, não vê como desprezá-lo para efeito de prescrição, no caso de evasão prevista no art. 113 (ver *Prescrição e evasão*, in *Diário de São Paulo, Notícias forenses*, de 19-4-53).

<sup>628</sup> Dec. n.º 774, art. 5.º, parág. único; Código de 1890, art. 80, parág. único; projeto SÁ PEREIRA, art. 159; projeto ALCÂNTARA, art. 131, § 1.º.

o prazo comum, que é de 20 anos, menos 10 anos, de pena já cumprida, além de cinco. Finalmente, evasão dentro dos primeiros cinco anos de execução da pena, a prescrição será a ordinária, de 20 anos. <sup>629</sup>

O sistema consagrado pelo Código brasileiro é o mais racional. Acentue-se, todavia, que a norma não regula senão a hipótese de condenado que se evade. São situações diversas, esta e a de simples cumprimento parcial da pena, não podendo o intérprete dar entendimento extensivo a uma regra excepcional como a do art. 113. <sup>630</sup>

148. Por outro lado, não prevê o Código circunstâncias de modo, de lugar, de tempo, em que a evasão se realiza.

Evadindo-se o condenado por meios violentos, passível, portanto, de punição, não deixa, por isso, de militar a seu favor a diminuição do prazo prescritivo.

Também não importa a circunstância de lugar, como não importaria mesmo na vigência do Código anterior, onde se falava de condenado em cumprimento de pena. A fuga pode ser do estabelecimento onde a pena estiver sendo executada, como pode ser de qualquer outro lugar, em qualquer emergência. Preso o sentenciado, antes de conduzido ao local destinado ao cumprimento da pena; ou no momento em que é transferido de um presídio para outro; ou quando internado, para tratamento, em hospital ou sanatório; <sup>631</sup> ou quando aproveitado em trabalho fora da penitenciária, <sup>632</sup> a fuga é sempre possível, e sempre reconhecido o efeito sobre

---

<sup>629</sup> Art. 95 do Cód. Penal belga. Ver NYPELS-SERVAIS, ob., vol. e ed. cit., pág. 403.

<sup>630</sup> Ver acórdãos de 25-5-1955, da 3.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, e de 8-10-1959, da 1.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal, na *Revista Forense*, vol. 175, pág. 327 e vol. 187, pág. 309, respectivamente.

<sup>631</sup> Cód. Penal, art. 33.

<sup>632</sup> Pelo art. 30, § 1.º, o trabalho fora do presídio é autorizado, no caso do cumprimento da pena de reclusão.

a prescrição assinalado no art. 113. Em qualquer dessas situações, não perde o indivíduo a sua condição de condenado.

Também não influi a circunstância de tempo. Evasão, ao princípio, ao meio, ao termo, quase, do cumprimento da pena, o efeito é sempre o mesmo, e a mesma a consequência relativamente ao prazo prescricional.<sup>633</sup>

149. Igualmente no caso de revogação do livramento condicional manda o Código regular-se pelo tempo restante da pena o prazo da prescrição. E a razão é simples. A anulação do benefício não faz desaparecer o período já satisfeito da pena. A sociedade recobra o seu direito de executar a sanção, mas em termos, isto é, sem desfazer o tempo transcorrido até à data da concessão da medida. O contrário seria executar-se a pena em parte, duplamente. É lógico, pois, que, revogado o livramento sob condição, a prescrição seja calculada com base no saldo de pena a cumprir.

Prescrição,  
no caso de  
multa

*Art. 114. A prescrição opera-se em dois anos, quando a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 83.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* dinamarquês, art. 96; italiano, arts. 157, *in fine*, 172 (2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> partes), e 173.

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 150. Prescrição da pena de multa. 151. Prescrição, valor da multa, pagamento em quotas.

---

<sup>633</sup> O projeto ALCÂNTARA considerava consumada a prescrição quando excedido de mais de metade o prazo comum. Reza o Código suíço que, em cada interrupção do curso da prescrição, o prazo começa a correr novamente, salvo quando já houver transcorrido mais de metade do prazo, caso em que ocorre, sumariamente, a extinção da ação ou da condenação (art. 72, n.º 2, 2.<sup>a</sup> parte; art. 75, *in fine*).



150. Na sistemática penal do Código a multa é pena *principal* (art. 28, n.º 3), aplicável com exclusividade, ou em conjunto, ou alternativamente, ou em substituição à pena privativa de liberdade.<sup>634</sup>

Em qualquer das hipóteses, porém, prescreve num único prazo, o de dois anos. É a regra do art. 114.

O Código de 1890 adotava o lapso de um ano. Mas a prescrição era da multa, quando pena exclusiva. Pelo Código atual, como se vê, a prescrição corre tanto nesse caso, como quando a multa é a pena que ainda não foi executada.

MAGALHÃES NORONHA levanta dúvida sobre a extensibilidade da norma à prescrição da ação penal, quando for a multa cominada isoladamente, como ocorre com as contravenções. O artigo sob exame fala, efetivamente, em pena de multa já imposta, ou pena de multa que é a única ainda não cumprida. Daí, pensar que, em relação à pena, exclusiva, de multa, o preceito não se refere à prescrição da ação mas, simplesmente, à da condenação. Parece-lhe, todavia, um despautério a hipótese, donde concluir que o art. 114 alcança, ao mesmo tempo, as duas espécies de prescrição.<sup>635</sup>

Entre os critérios seguidos na determinação do prazo prescricional da pena pecuniária, fugiu o Código, ainda uma vez, dos extremos. Nem o curto lapso de um ano, como do Código mexicano (art. 104), nem prazo longo, como o de quatro anos, do Código uruguaio (art. 117, n.º 2).

151. Também nenhuma diferença de prazo prescritivo no Código relativamente ao valor da multa imposta. A fixação do importe da pena fica ao critério do juiz, até ao limite máximo de cem mil cruzeiros velhos (art. 55, *in fine*). Assim,

---

<sup>634</sup> Exemplo de cominação exclusiva, a arbítrio do juiz, o crime de furto, quando primário o criminoso, e de pequeno valor a coisa furtada (art. 155, § 2.º). Exemplo de cominação cumulativa, o mesmo crime de furto, o de roubo e outros contra o patrimônio (arts. 155, 157, etc.). De cominação alternativa, o furto de coisa comum (art. 156). De cominação substitutiva, a hipótese de lesões corporais prevista no § 5.º do art. 129.

<sup>635</sup> MAGALHÃES NORONHA, ob., vol. e ed. cit., pág. 395.

qualquer que seja o vulto da multa, a prescrição é a mesma de dois anos. Preferiu o legislador brasileiro, no particular, o sistema do Código italiano ao do argentino, onde o lapso prescriptivo da pena varia de acordo com a quantia que o agente foi condenado a pagar, um ano, se inferior, três anos, se superior a dois mil pesos (art. 65, ns. 4 e 5). Dois códigos europeus, pelo menos, seguem o mesmo critério, o alemão, fixando a prescrição em cinco anos, para a pena superior a quinhentos marcos alemães, e em dois anos, para a pena até essa quantia (art. 70, incs. 5 e 6) e o norueguês, estabelecendo, igualmente, os prazos de cinco e de dois anos, conforme para mais ou para menos de vinte coroas a pena de multa imposta (art. 72, *in fine*).

Sendo a multa satisfeita em prestações, como o permite o Código (art. 36, parág. único), não há lugar para a prescrição, porque a condenação pecuniária está em execução, e por forma autorizada em lei.

Por sua vez, a maioria dos códigos fixa, no caso de multa, lapsos diferentes para a prescrição da ação e a prescrição da pena, sempre maiores na segunda hipótese. Os códigos búlgaro, dinamarquês, etíope, finlandês, holandês, italiano, norueguês, uruguaio, assim procedem. Alguns deles estabelecem prazo invariável de prescrição da ação, mandando acrescer, em se tratando de prescrição da pena, determinada porção. É o que fazem, por exemplo, os códigos holandês e uruguaio.

Redução  
dos prazos  
da pres-  
crição

*Art. 115. São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ou maior de 70 anos.*

**BIBLIOGRAFIA.** G. TARDE, *La Philosophie Pénale*, 2.<sup>a</sup> ed., Lyon, Paris, 1891, pág. 131, n.º 4; ASCHAFFENBURG, *Crime e Repressão*, trad. de S. GONÇALVES LISBOA, Lisboa, 1904, pág. 141; MENDES CORREIA, *Os Criminosos Portugueses*, estudos de antropologia criminal, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1914, pág. 81; A. PRINS, *Ciência Penal e Direito Positivo*, trad. de HENRIQUE DE CARVALHO, Lisboa, 1915, pág. 225; AFRÂNIO PEIXOTO, *Psicopatologia Forense*, 1916, Rio de Janeiro, pág. 139; RAUL

MACHADO, *Direito Penal Militar*, Rio de Janeiro, 1930, págs. 131 a 141; J. SALGADO MARTINS, *Código Penal Militar, Atualizado*, Porto Alegre, 1937; JOSÉ DE MORAIS MELO, *A criminalidade senil e seu regime penal "sui generis"*, in *Arq. Judiciário*, vol. 59, fasc. 1, julho, 1941, pág. 7 do suplemento; EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, *Tudo pelos Menores*, São Paulo, 1942, págs. 170 a 174; ROBERTO LIRA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1942, ed. *Revista Forense*, vol. II, pág. 313.

**DIREITO COMPARADO.** *Código*: holandês. art. 70, *in fine*.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 152. Redução dos prazos de prescrição. 153. Antecedente legislativo. 154. Fundamento da concessão. 155. Limite de idade, na velhice. 156. Aplicações da norma. 157. Prova da idade. 158. Direito de queixa e prescrição da ação.

152. O dispositivo *supra* tem dois antecedentes legislativos, um, próximo, o dec. federal n.º 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, e outro, mais afastado, o dec. federal n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que consolidou as leis de assistência e proteção a menores. A originalidade está na extensão do benefício aos velhos.

153. O Cód. de Menores (dec. n.º 17.943-A), determinando processo especial para o maior de quatorze anos e menor de dezoito, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção (art. 69), estabelecia em seu favor a redução de metade do prazo da prescrição da ação penal (art. 83). O reconhecimento da prescrição não era, entretanto, imperativo legal, mas faculdade ao juiz.<sup>636</sup>

Inspirou-se aí o dec. n.º 22.494, estatuinto a diminuição dos prazos prescricionais para os que, à data do crime ou da

---

<sup>636</sup> Aplicando esse dispositivo, quando juiz de menores em São Paulo, o desembargador EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ frisou que a redução do prazo prescricional estava condicionada à "apreciação do conjunto de provas existentes no processo, não só com relação ao fato delituoso, como ainda com relação aos antecedentes do menor e da sua situação junto à família". Ver EDUARDO DE OLIVEIRA CRUZ, ob. e ed. cit., pág. 171.

contravenção, tivessem mais de dezoito e menos de vinte e um anos. Ampliou, assim, o número dos beneficiários, limitado, na legislação precedente, aos acusados de menos de dezoito anos. Também compreendeu na concessão a prescrição da pena.<sup>637</sup>

Um sentimento misto de justiça social e de benignidade parece ter ditado aos governantes de então esse ato legislativo, que vem encontrar, agora, consagração definitiva no Código. Por outro lado, apresentava-se a concessão como medida de política criminal, completando “a série das constantes da legislação revolucionária, notadamente dos decretos ns. 19.445, de 1 de dezembro de 1930, e 21.946, de 12 de outubro de 1932”.

Ambos esses decretos, como é sabido, indultavam acusados e criminosos de certas categorias ou condições. Dessarte, aquele dec. n.º 22.494 vinha como expressão da clemência em que são pródigas, para dados delinquentes, políticos ou comuns, as revoluções vitoriosas. Mas não era transitório o seu efeito, pois incorporava ao direito penal positivo brasileiro, por forma permanente, essa norma de restrição do prazo prescricional, quando menor o criminoso.

154. Argumentava o legislador de 1933 que ao abrandamento do rigor de punição dos menores deve corresponder, logicamente, um encurtamento dos lapsos de prescrição da ação e da pena.<sup>638</sup> Corolário do tratamento especial que as

---

<sup>637</sup> Art. 1.º do dec. n.º 22.494: “Se no momento em que foi perpetrado o crime ou contravenção, seu autor tinha mais de dezoito anos e menos de vinte e um, os termos da prescrição da *ação penal* e da *condenação* se reduzirão à metade”.

<sup>638</sup> Texto do segundo considerando do dec. n.º 22.494: “...atendendo a que, se as leis assim determinam nesse período de transição, por ainda não ser completo o desenvolvimento mental e moral do indivíduo, pelas suas condições psicológicas e éticas, é lógico e justo que, do mesmo modo que ele não é punido com todo o rigor da pena, também sejam diminuídos os prazos da prescrição da ação e da condenação”.

legislações penais, em regra, recomendam e adotam para os delinquentes jovens, a uns, dispensando, a outros, minorando a pena, e sempre em razão do seu insuficiente desenvolvimento mental e moral, esse ato, segundo justificado, atendia ao dever do Estado de proporcionar “ao indivíduo em plena maioridade libertar-se mais depressa das más conseqüências da infração da lei, por ele praticada na menoridade, quando era ainda fortemente influenciável no sentido do bem e do mal, por falta de reflexão perfeita e de plena força de resistência aos maus impulsos; e assim, não fazendo durar a punibilidade muito além da menoridade, lhe oferece oportunidade de se reabilitar mais cedo e integrar-se na vida social”.<sup>639</sup>

Tal justificativa subsiste, para o preceito do Código de 40. É incontestável a conveniência de facilitar ao egresso da sociedade, culpado de um crime em que atuaram contingências peculiares da idade curta, o mais breve reingresso na coletividade social, para o trabalho lícito e prestante, a que o habilitam, mais do que nunca, as suas energias moças.

Os mesmos motivos de ordem fisiológica e psicológica procedem em relação ao delinquente idoso. Por isso, o Código iguala a idade, pelos seus extremos, na fruição do mesmo benefício, como já os havia equiparado, atribuindo-lhes valor de atenuante da penalidade (art. 48, n.º I). A norma legal se harmoniza, portanto, com as conclusões da ciência, consonantes em assemelhar, do ponto de vista da imputabilidade e da responsabilidade penal, a criança e o ancião. Dessa atenuação decorre, como consectário natural, a diminuição do tempo de prescrição.

Não era esta a idéia de TARDE, mas, ao contrário, a de prazos diversos, consoante a idade do criminoso, dizendo tratar-se de um dos corolários legislativos da sua teoria da responsabilidade penal. As flutuações que experimenta a identidade íntima da personalidade humana são menos sensíveis e constantes, quanto mais a vida avança para o seu

---

<sup>639</sup> Decreto citado n.º 22.494.

termo. Melhor dito: essas variações normais amiúdam na adolescência e escasseiam na maturidade; daí, prazos curtos de prescrição criminal para os delinquentes moços e prazos mais longos para os delinquentes adultos.<sup>640</sup> O assunto é exposto com a habitual clareza, mas o porquê da desigualdade de lapsos carece da mesma clareza.

155. Não são comuns à juventude e à velhice os resultados benéficos a recolher da regra do art. 115. De alguém, que acaba de atingir a maioridade, pode-se esperar, salvo estado mórbido ou incurável perigosidade, uma atividade social e realizações úteis, que a abreviação do prazo prescricional permite, inteligentemente, antecipadas. Ao passo que no criminoso de mais de setenta anos as aptidões e disposições para o trabalho estão sobremaneira amortecidas, quiçá ao mínimo, e em particular no Brasil.

Esse limite de 70 anos, com efeito, proclamemos elevado, em relação às condições normais de vida no nosso país, como também de um ponto de vista genérico, o do contingente quase nulo que os indivíduos maiores dessa idade trazem à criminalidade. Atestam-no as estatísticas criminais, por toda parte. Praticamente, não terá aplicação, entre nós, o benefício a que o Código visou.

Conforme PRINS, a curva da criminalidade baixa a partir dos cinquenta anos. E ainda assim, os crimes que os velhos cometem, são, sobretudo, os de atentado ao pudor, de causa francamente patológica, a exigir assistência médica, em lugar de penitenciária. O mesmo fenômeno, nos seus dois aspectos, foi registrado por ASCHAFFENBURG, com apoio em dados estatísticos da Alemanha, no decênio de 1886-95. E dos poucos criminosos sexuais maiores de 70 anos que encontrou, nenhum era sadio, mentalmente. Com os elementos que lhe proporcionou a estatística de crimes em Portugal, de 1903 a 1908, pôde MENDES CORREIA afirmar que a criminalidade diminui progressivamente dos vinte anos de idade em diante,

<sup>640</sup> G. TARDE, *La Philosophie Pénale*, 2.<sup>a</sup> ed., Lyon-Paris, 1991, pág. 131.



sendo, já, depois dos sessenta anos, “menos de um décimo do que é dos dezoito aos vinte”.<sup>641</sup>

No Brasil, uma indicação estatística, apanhada ao acaso, confirma o princípio. Em quatorze homicídios dolosos cometidos na capital da Bahia, em 1940, nenhum dos agentes era maior de cinquenta anos. E dos setenta e seis sentenciados recolhidos, naquele mesmo ano, à Penitenciária, vindos dos vários municípios do Estado, apenas dois tinham mais de cinquenta anos, e, ainda assim, não passavam de sessenta.<sup>642</sup>

No aumento geral da criminalidade, nos últimos tempos, o aspecto que mais preocupa os governantes e estudiosos é o índice de criminosos adolescentes. Significa isso que cresce, sempre, o número de delinquentes em idade provecta.

A vista dessas notícias, cuja relevância avulta pelo se referirem a época e lugares diversos, não é impertinente indagar para que serve, no Brasil, ou para que servirá, em tese, o benefício de redução do prazo prescricional para maiores de setenta anos.

156. O dispositivo em exame não estabelece prescrição especial, nem, ainda que pareça, termo especial. A prescrição é a ordinária, reconhecida para todos os criminosos, o prazo é o comum, governado pelos dispositivos gerais reguladores da matéria. O que se opera, simplesmente, é a redução automática do prazo, por efeito da idade do delinquentes. Assim, no delito de homicídio não qualificado (art. 121), a prescrição da ação ocorre em vinte anos (art. 109, I), correspondente ao máximo de pena previsto para essa figura criminal. Mas sendo menor o agente, ou sendo maior de setenta anos, a prescrição se consumará em dez anos, metade do prazo normal. Nessa importante diminuição é que consiste o benefício.

---

<sup>641</sup> Ver AD. PRINS, ob. e ed. cit., pág. 225, n.º 382; ASCHAFFENBURG, *Crime e Repressão*, trad., Lisboa, 1904, pág. 141; MENDES CORREIA, *Os Criminosos Portugueses*, 2.ª ed., Coimbra, 1914, pág. 81.

<sup>642</sup> Seção de Estatística e Publicidade da Secretaria de Segurança Pública, *Movimento estatístico do ano de 1940*, págs. 32 e 81.

Por outro lado, ocorrendo reincidência específica, ao prazo prescricional, reduzido em vista da idade do agente, deve adicionar-se o acréscimo previsto no art. 110 para a hipótese de reincidência.<sup>643</sup>

O encurtamento do prazo alcança quaisquer criminosos, sem distinção alguma. O projeto ALCÂNTARA MACHADO excluía do favor os acusados por crime de ação privada e os por crime contra a personalidade do Estado e alguns outros, quando estivessem domiciliados ou homiziados no estrangeiro (art. 120, § 2.º, combinado com o n.º VI do mesmo artigo e com o § 1.º). Pelo disposto no Código, não há privilégio de beneficiários, assim preencham o requisito da idade.

Havendo co-autores no delito, é óbvio que a condição da idade, relativa a algum, eminentemente pessoal como é, não se comunica aos demais. Agente de vinte anos que com outro de cinquenta anos de idade concorre no crime, a prescrição, para ambos, é por lapso desigual, inteiro, para o co-réu adulto, pela metade, para o co-réu menor. Nesse exemplo típico se mostram, nitidamente, as vantagens do favor legal.

Escapando ao regime do Código algumas infrações definidas e apenadas em lei especial, não há dúvida que a elas se estende a redução do prazo prescricional, nos termos do art. 10, de que as regras gerais do Código “aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispõe de modo diverso”.<sup>644</sup>

Por outro lado, a idade que determina a exceção, como bem claro no artigo, é a da ocasião em que o delito foi cometido, não a da época do julgamento, ou da execução da

---

<sup>643</sup> Ac. de 10-10-51, das Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Revista Forense*, 1952, vol. 144, pág. 479.

<sup>644</sup> Na vigência do dec. n.º 22.494, o Supremo Tribunal Federal contestou a sua aplicação a criminosos militares, visto estarem estes regidos por legislação especial e não haver aquele decreto, quando se referiu aos prazos comuns de prescrição fixados no Cód. Penal, mencionado expressamente o Código Penal Militar.

pena.<sup>645</sup> O projeto ALCÂNTARA MACHADO preceituava diferentemente: sendo da ação penal a prescrição, a idade que se levaria em conta, para contagem do prazo, era a do momento do crime, ao passo que, sendo da condenação penal a prescrição, a idade era a que o agente tivesse na época da mesma condenação. É o que se deduz da maneira como o projeto dispunha sobre a matéria, afirmando, relativamente à prescrição da ação, que os prazos estabelecidos seriam reduzidos de um terço, quando o agente, *na data do crime*, fosse maior de dezoito anos e menor de vinte e um (art. 120, § 2.º), e relativamente à prescrição da pena, que o prazo seria diminuído de um terço, quando o *condenado* fosse maior de dezoito e menor de vinte e um anos (art. 128, § 2.º).

O sistema preferido pelo Código, marcando, em ambas as espécies de prescrição, a idade do agente na época do delito, demonstra no legislador, ao criar a exceção, apreço maior pelas circunstâncias atuantes no próprio crime, e presumidamente de menor valia, pela idade jovem ou avançada do criminoso. Do exposto, delinqüente que possua vinte anos no dia da prática do delito é beneficiado pela redução do prazo, embora a condenação ocorra já ao tempo da sua maioridade. Pelo mesmo conseguinte, indivíduo que, ao cometer o crime, tenha, por exemplo, sessenta e oito anos, não é favorecido pela redução, ainda que a condenação sobrevenha aos seus setenta anos completos.<sup>646</sup> São conclusões tão evidentes que seria até desnecessária a referência. Pode acontecer, porém, que a ação criminosa seja realizada por agente menor, mas o resultado da ação venha a ser obtido depois

---

<sup>645</sup> Os prazos prescricionais, em se tratando de réus maiores de 70 anos *à época do fato*, reduzem-se à metade: ac. de 1-12-50, da 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Revista Forense*, vol. 139, pág. 423.

<sup>646</sup> Pelo Cód. Penal Militar (1944), no crime de insubmissão a prescrição começa a correr do dia em que o agente completa 30 anos de idade. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 anos, e, se oficial, a de 60 (art. 113 e parág. único). O dec.-lei n.º 6.026, de 24 de novembro de 1943, que ajustou o antigo

da maioria. Na emergência, possivelmente rara, o critério justo seria o de tomar para idade-padrão a do momento em que o crime foi consumado, e não a do dia em que a prática do crime teve início. Seria uma solução consentânea com aquela regra do art. 111, de que a prescrição da ação começa a correr do dia em que o crime se consumou.

Ressalte-se, ainda, que o Código fala em agente menor de vinte e um anos, ou maior de setenta, não autorizando, explícita ou implicitamente, medida aproximativa. O termo de idade que influi nos lapsos prescricionais é o completado, e não o por completar, ainda que insignificante a fração de tempo a vencer.

157. Vistas, por alto, algumas das aplicações práticas da concessão legal, resta considerar a questão da prova da idade. Não caberia ao Código indicá-la. A prova há de se fazer com a certidão do registro civil de nascimento, ou, na sua falta, com documento a que as leis atribuam a faculdade de supri-la. Era o que dispunha o dec. n.º 22.494, no seu art. 2.º, assim redigido: "A prova da menoridade ao tempo da infração penal será feita mediante certidão de idade extraída do registro civil, ou prova equivalente admitida pelas leis da República".

Deve prevalecer, portanto, essa regra, para os casos de dúvida que a aplicação do Código suscitar, no particular da prova de idade. Além de que o dispositivo do decreto teve por si decisões de tribunais, em que o ponto foi precisamente ventilado. O Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, por exemplo, repeliu a prova de menoridade que se pretendia fazer com um certificado de inscrição, passado por consulado no Distrito Federal, e expedido, ademais, em data posterior à do mesmo crime. Assentou o julgado, confirmativo da sentença de primeira instância, que esse documento não supre

---

Cód. de Menores ao novo Cód. Penal e a outras normas, de caráter assistencial, então vigentes, estabeleceu, no art. 6.º, que para os efeitos do processo deve ser considerada a idade do menor à data do fato por que é incriminado.

a certidão do registro civil, nem é prova equivalente admitida pelas leis da República, e que para o gozo da dita prescrição a prova tem que ser aquela que o decreto *escolheu ou determinou*.<sup>647</sup>

Aliás, menos exigente, talvez, resolvera, anteriormente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, aceitar, para os efeitos da redução do prazo prescricional, a menoridade declarada nos autos, através da denúncia do Ministério Público, do interrogatório do acusado e da própria sentença condenatória, quando reconhecera a atenuante da menoridade. Entendia o julgado que, se o réu, ao tempo do crime era de dezoito anos para *um fim* (o da atenuação de pena), também o era *para o outro*. O meio por que, para esse fim da atenuante, fora provada a menoridade, não ficou explícito na decisão, sendo de presumir, dos seus termos, tratar-se de outra prova que não a do registro civil, ou a essa equiparável.<sup>648</sup>

158. Convém assinalado, por fim, que a providência do encurtamento dos prazos prescricionais não abrange o direito de ação: a decadência deste continua subordinada ao mesmo lapso ordinário, a despeito de ser menor de vinte e um, ou maior de setenta anos o agente do crime. O Código aparta, sem margem para confusões, a perda do exercício da ação e a prescrição da ação. No art. 115, que comentamos, reporta-se somente à prescrição. Não há que dilatar a sua incidência à hipótese, também, de uso do direito de ação. A ressalva, todavia, é prudente, para que se não repita a dúvida suscitada na Bahia, na vigência do decreto anterior, tantas vezes nomeado aqui. Foi o caso que, apresentada queixa contra menor de vinte e um anos, *cinco meses e quatorze dias* depois do crime, entendeu o juiz que, sendo menor o agente, beneficiado pela redução dos prazos da prescrição, a queixa contra ele devera ter sido oferecida dentro de três meses, metade do prazo ordi-

<sup>647</sup> Tribunal de Apelação do Distrito Federal, acórdão da 1.ª Câmara, de 7-11-1940, in *Arq. Judiciário*, vol. 57, pág. 102.

<sup>648</sup> Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acórdão da 3.ª Câmara, de 30-9-1950, in *Arq. Judiciário*, vol. 56, pág. 286.

nário de decadência do direito de ação. Decidiu em sentido contrário o então Tribunal de Apelação, por considerar que o benefício do decreto, concernente aos prazos de prescrição, era aplicável, somente, à ação, isto é, ao processo, conjunto de normas, e não ao direito de queixa, ao *jus perseguendi*.<sup>649</sup> A interpretação, certa, não pode ser outra, em face do Código.

Causas im-  
peditivas  
da pres-  
crição

*Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:*

*I — enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;*

*II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.*

*Parág. único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* alemão, art. 69; búlgaro, art. 52; dinamarquês, art. 94, 2.<sup>a</sup> parte; etíope, art. 229; finlandês, cap. VIII, § 1.<sup>o</sup>; grego, art. 113; holandês, art. 73; húngaro, art. 27, inc. 2.<sup>o</sup>; italiano, art. 159; mexicano, arts. 109 a 112; norueguês, arts. 69 (2.<sup>a</sup> parte) e 70; português, art. 125, § 8.<sup>o</sup>; suíço, art. 72, inc. I; uruguaio, art. 122; venezuelano, art. 109, *in fine*.

**BIBLIOGRAFIA.** E. TRÉBUTIEN, *Cours Élémentaire de Droit Criminel*, vol. 2.<sup>o</sup>, Paris, 1854, págs. 57 a 102 e 153; MATTEO PESCATORE, *Sposizione Compendiosa della Procedura Criminale*, Liv. 2.<sup>o</sup>, Turim, 1871, págs. 111 a 144; L. LUCCHINI, *Elementi di Procedura Penale*, Florença, 1895, págs. 102 a 105; E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. 1.<sup>o</sup>, Madri, 1923, págs. 60 a 124;

<sup>649</sup> Tribunal de Justiça da Bahia, acórdão de 11-11-1938. Foram votos vencidos dois desembargadores, MONTENEGRO JÚNIOR e EUVALDO LUZ; acompanharam o relator, desembargador DEMÉTRIO TOURINHO, seis desembargadores (*Rev. dos Tribunais*, Bahia, 1938-39, vol. 30, págs. 517 a 524).



GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1937, pág. 338 a 343; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *As Questões Prejudiciais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., 1940; ASTOLFO RESENDE, *As questões prejudiciais no Juízo Criminal, in Nos Domínios da Criminologia*, Rio de Janeiro, 1939, vol. 1.º, págs. 293 a 322; ADEMAR RAIMUNDO DA SILVA, *Questões prejudiciais no processo penal*, *Revista Jurídica*, 1961; MAGALHÃES NORONHA (E.), *Das questões prejudiciais*, *Diário de São Paulo*, 1965.

### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 159. Suspensão da prescrição. 160. Questão prejudicial. 161. Sua diferença da questão prévia. 162. Requisitos. 163. Hipóteses de questão prejudicial. 164. As outras causas suspensivas da prescrição.

159. São duas, pelo Código, as causas suspensivas da prescrição da ação penal: a questão prejudicial e o cumprimento de pena no estrangeiro. Cogita de uma o inc. I do artigo e da outra o inc. II.

Da prescrição da pena é causa suspensiva, de acordo com o parág. único do mesmo artigo, a prisão por outro motivo que não o da condenação imposta ao agente.

Admite, assim, o Código brasileiro empecilhos ao exercício da ação penal ou à execução da condenação, com força de suspender o curso da prescrição.

A matéria, entretanto, é controvertida na doutrina. Distingue DEGOIS um primeiro grupo de autores recusando possibilidade de parar, ao curso da prescrição, qualquer que seja o incidente, e isso pelo fundamento mesmo do instituto, que não é a negligência do poder público ou da parte ofendida, em proceder contra o agente do crime, mas o progressivo esquecimento do delito, por influência do tempo. Opõe-se a esse o grupo dos que, dividindo em obstáculos de direito e obstáculos de fato os embaraços que podem sobrevir, proclamam naqueles o efeito de deter o curso prescricional, negando-o aos outros, meros empecilhos de fato, sem consagração em lei. Finalmente, são muitos os partidários da extensão ao campo penal da regra *contra non valentem agere non currit*

*praescriptio*, dominante no campo civil, de modo que a marcha da prescrição penal sofrerá solução sempre que o Ministério Público for tolhido de agir, por determinado período, em razão de algum estorvo, quer de direito, quer de fato. <sup>650</sup>

Os que repelem e os que aceitam a idéia da suspensão do prazo defendem, como se vê, critérios extremos. Equidistante desses é o pensamento dos que não compreendem como possa um impedimento que a própria lei ergue ao exercício da ação penal deixar de sobrestar o curso da prescrição da mesma ação. Assim, a *questão prejudicial*.

160. Denomina-se *questão prejudicial* aquela tão profundamente relacionada com o delito que a sua decisão em outro juízo determina a existência ou inexistência do próprio delito.

Dela nos oferece idéia exata o Código: é “a questão de que depende o reconhecimento da existência do crime”. Sem a sua apreciação e julgamento preliminares, não será possível concluir-se pela inocência ou culpabilidade do agente, justamente porque essa verificação está condicionada à solução que se der àquela controvérsia, de caráter não-penal. Trata-se, pois, como salientam os autores, de um *antecedente lógico-jurídico* do delito.

Assim não corre a prescrição da ação penal enquanto não decidida a questão, essencial ao julgamento do crime, e por isso mesmo dita *prejudicial*, de *prae-judicium*, antes do juízo. É a regra do artigo em foco.

Duas características fundamentais apresenta a *questão prejudicial*: o fato de que se origina é anterior ao delito, e dele distinto. O que há é uma íntima relação entre os dois fatos, tão estreita, afinal, que o precedente dá, ou tira, ao outro, a incriminação. Mas a questão prejudicial exprime,

---

<sup>650</sup> C. DEGOIS, ob. e ed. cit., pág. 538. Refere DEGOIS que a jurisprudência francesa, durante a guerra de 1914, admitiu a suspensão do curso de prescrição por motivo de invasão inimiga, tornando impossível o exercício da ação pública (Ver pág. 539, n.º 1).

sempre, algo que antecede ao crime, e que dele perfeitamente se diferencia, guardando autonomia. Não há, portanto, confundi-la com circunstâncias elementares, que se identificam mesmo com o delito, concorrendo na sua noção.

161. Também da *questão prejudicial* distingue-se, em pontos capitais, a questão *preliminar* ou *prévia*. Esta, como explica GALDINO SIQUEIRA, é estranha ao crime, diz respeito, somente, à admissibilidade da ação penal, e, por conseguinte, à aplicação da pena.<sup>651</sup> Ou, como manifesta AGUILERA DE PAZ: as questões prévias são incidentes de um assunto principal, não têm valor próprio, nem existência independente, não podendo ser objeto, *por si mesmas*, de processo especial.<sup>652</sup> Tais peculiaridades acentuam, formalmente, a diferença entre as duas espécies.

A prescrição e a anistia, dentre outras, são questões prévias. Eliminam o crime, ou a pena. Dirigem-se, portanto, diretamente à ação pública, encerrando-a. A questão prejudicial, ao contrário, não extingue a ação, que prossegue, até afirmar-se a culpabilidade ou inocência do acusado, com base, precisamente, na solução dada à prejudicial.

Se alguém, indigitado autor de furto, declara, em defesa, ser de sua propriedade a coisa tida como furtada, o debate em torno do alegado constitui uma questão prejudicial do julgamento penal, porque, provada, realmente, aquela propriedade, deixa de existir o crime, e, conseqüentemente, a ação penal. Assim também, em acusação por bigamia, a questão em torno da inexistência ou nulidade de algum dos casamentos é uma prejudicial, porque, sendo o crime de bigamia a realização de novo matrimônio, subsistente o anterior, é claro que, desfeito este casamento, ou aquele outro, desaparece o delito. Em ambos os casos, suspende-se a ação, à

<sup>651</sup> GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1937, pág. 338, n.º 409.

<sup>652</sup> E. AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.<sup>a</sup> ed., t. 1.º, Madrid, 1923, pág. 64.

espera da decisão da controvérsia civil, de efeitos terminantes, como se vê, no julgamento penal. Não seria razoável correr a prescrição, quando o obstáculo oposto à marcha da ação penal é criado ou autorizado pela própria lei.

162. Para que a questão seja encarada, no juízo penal, como *prejudicial*, não basta, entretanto, a simples alegação pela parte interessada. Faz-se mister um começo, pelo menos, de prova, como exigia TRÉBUTIEN, a fim de que o juiz possa recolher impressão mais ou menos fundamentada sobre a relevância da arguição.<sup>653</sup> Pelo parecer de PESCATORE, ao juiz compete, mesmo, examinar, antes de tudo, se a questão reveste, em rigor, o caráter de *prejudicial*, porque *prejudicial* somente deverá ser considerada a questão consistente numa “vra e série controvérsia”.<sup>654</sup>

Justificam-se tais cautelas, pois diminuem, quando não evitam, os efeitos da chicana, no seu propósito meramente obstrutivo ou protelatório do curso do processo, para fins de prescrição.

Outro característico essencial é o da natureza civil da questão. Não significa isso, bem entendido, a privatividade de domínio do direito civil. Questão civil, quer dizer, no sentido oposto à questão penal, como se disséssemos não-penal, ou extrapenal. Sem esse requisito, é claro que não haveria dúvida quanto à autoridade ou competência do juízo penal para decidi-la, soberanamente, sob pena de indevidas intromissões de uma jurisdição noutra, com perturbadoras consequências ao seu exercício.

163. Dispondo o legislador, de modo genérico, que a questão prejudicial suspende o curso da prescrição, é na lei processual que vamos buscar, por lhe competir, o conjunto de normas reguladoras da matéria.

<sup>653</sup> E. TRÉBUTIEN, ob., vol. e ed. cit., pág. 81.

<sup>654</sup> M. PESCATORE, *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale*, Liv. 2.º, Turim, 1871, pág. 124.

Efetivamente, o Cód. de Proc. Penal determina a suspensão do curso da ação, quando sobrevenha alguma prejudicial do julgamento penal.<sup>655</sup> Essa suspensão é compulsória, se a dúvida versar sobre o estado civil das pessoas (art. 92) e facultativa, nos demais casos (art. 93). Naquela hipótese, ainda assim, cabe ao juiz apreciar a questão, entregando-a à via civil, se a houver reputado *séria* e *fundada*. Abraçando, quando se trata de questão de estado, o sistema da prejudicialidade civil obrigatória, o legislador, contudo, reservou ao juiz criminal essa possibilidade de examinar o vulto e o fundamento da controvérsia.<sup>656</sup>

Afeta a decisão à jurisdição civil, enquanto esta não se manifestar, o curso da prescrição está contido. É o preceito do Código, que não estabelece, assim, limite ao tempo de suspensão. Entretanto, firma o Código processual que o juiz do crime marcará o prazo em que a ação fica sobrestada, à espera da solução civil, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa (art. 93, § 1.º), caso a decisão civil não seja proferida dentro do prazo.

É claro que o curso da prescrição sofre as vicissitudes da ação: paralisada esta, por questão prejudicial, detém-se a prescrição; reiniciada, recomeça a prescrição. Ou melhor, para usarmos das expressões do legislador italiano: a prescrição retoma o seu curso desde o dia em que a causa da suspensão tiver cessado.

---

<sup>655</sup> Cód. de Proc. Penal, arts. 92 e parág. único; e 93.

<sup>656</sup> Os autores classificam em quatro tipos os sistemas sobre o julgamento da questão prejudicial: o da completa independência e predomínio da jurisdição penal, o da prejudicialidade civil absoluta, o da prejudicialidade civil limitada e obrigatória e o da prejudicialidade civil limitada, porém facultativa. Os dois primeiros sistemas são ditos absolutos: ou o predomínio do juízo penal ou o predomínio do juízo civil. Os dois últimos são critérios mistos. Preferiu-os o nosso legislador processual. Ver em CUNHA BARRETO, *Direito Aplicado*, Recife, 1937, págs. 505 a 522, longo voto, no Tribunal de Apelação de Pernambuco, sobre questão prejudicial civil atinente ao “estado” de pessoa.

Note-se, por fim, que a norma do art. 116 e seus dois incisos não impede a ação penal de começar, apenas paralisa o seu curso, não correndo, durante esse período, a prescrição. O obstáculo — repita-se — não é contra a instauração da ação mas contra o seu prosseguimento, e até que desapareça o motivo estorvante. Daí, a natural estranheza com que JOSÉ FREDERICO MARQUES nos dá notícia do comportamento, a seu ver inédito, de determinado representante do Ministério Público em São Paulo, o qual, em vez de oferecer a denúncia, ou de requerer diligências complementares para seu esclarecimento, ou, por derradeiro, de pedir o arquivamento das peças de instrução, postulou a suspensão da própria *persecutio criminis*, “sob o fundamento de que a espécie estava na dependência do que fosse decidido em lide entregue ao pronunciamento da jurisdição civil”. Três alternativas diversas lhe eram, com efeito, apresentadas à opção, todas consagradas em lei. A única que a lei lhe não consentia foi, entretanto, a elegida.<sup>657</sup>

164. A outra causa suspensiva da prescrição da ação é o cumprimento de pena no estrangeiro. A norma corresponde aos princípios gerais adotados pelo Código, sobre a validade e extensão da sentença penal estrangeira. Para que a prescrição fique, por esse motivo, suspensa, é preciso, evidentemente, que a pena que se cumpre fora do país seja por efeito de condenação criminal. Porque somente assim se pode compreender a expressão do legislador. Cumprir pena o agente é satisfazer a obrigação que a sociedade lhe impõe, em consequência de processo, onde se apurou a sua responsabilidade criminal. Essa é a situação visada no preceito em foco.

O mesmo não se dirá quanto à causa suspensiva da prescrição da pena, prevista no parág. único do art. 116. Não mais se trata, aqui, de cumprimento de pena, mas de prisão do agente por motivo diverso da condenação cuja prescrição

---

<sup>657</sup> Ver, no *O Estado de São Paulo*, 15, maio, 1966, o artigo *Propositura da ação penal*, assinado com as iniciais J. F. M.



está em curso. Desde que o legislador não especificou a natureza, causa ou duração dessa prisão, seria o intérprete induzido a concluir que qualquer prisão, provisória ou definitiva, por crime ou outra razão, por breve ou longo tempo, produzirá o efeito indicado. Não raro, entretanto, ocorrerá que uma tal interpretação extensiva facilite constrangimentos e perseguições ao delinqüente, por ação ou influência de interessados em embaraçar o livre curso da prescrição de sua condenação. Os casos concretos, determinantes da suspensão, devem ser considerados, portanto, com prudência, e reduzidos aos de prisão por mandado ou decisão judicial.

Causas interruptivas  
da pres-  
crição

*Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:*

*I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;*

*II — pela pronúncia;*

*III — pela decisão confirmatória da pronúncia;*

*IV — pela sentença condenatória recorível;*

*V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;*

*VI — pela reincidência.*

§ 1.º *Salvo o caso do n.º VI, a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.*

§ 2.º *Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n.º V, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, arts. 79, 2.<sup>a</sup> parte, 80 e 81.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos*: alemão, arts. 68 e 72; argentino, art. 67; belga, art. 96; búlgaro, arts. 53 e 55; chileno, arts. 96, 99 e 100; dinamarquês, art. 94 (2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> partes); espanhol, arts. 114 (2.<sup>a</sup> parte) e 116; etíope, arts. 230 e 237; finlandês, cap. VIII, §§ 2.<sup>o</sup> e 3.<sup>o</sup>; holandês, art. 72; húngaro, art. 27; italiano, arts. 160 e 161; mexicano, arts. 110, 111 e 115; norueguês, art. 70; português, art. 125, §§ 4.<sup>o</sup> e 5.<sup>o</sup>; soviético, art. 48, (2.<sup>a</sup> parte); suíço, arts. 72, n.<sup>o</sup> 2, e 75; uruguaio, arts. 120, 121 e 130; venezuelano, arts. 110 e 112.

#### COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 165. Interrupção da prescrição. 166. Causas de interrupção. 167. Recebimento da denúncia ou queixa. 168. Pronúncia, decisão confirmativa, sentença condenatória, cumprimento da pena. 169. Reincidência. 170. Efeito da interrupção quanto aos participantes do crime. 171. Efeito nos crimes conexos. 172. Cômputo de novo prazo.

**165.** Prevê o Código, além de causas suspensivas, causas interruptivas do curso da prescrição. A diferença, como acentuam os autores, está em que, interrompida a prescrição, o prazo começa a correr outra vez, por inteiro, salvo exceção, enquanto pela suspensão não se perde o lapso anterior. Não deixa dúvida o legislador brasileiro sobre tais efeitos diversos. Consta do § 2.<sup>o</sup> do presente artigo que, interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente da data da interrupção, a não ser na hipótese de cumprimento de pena.

Para a justificativa da interrupção do prazo prescritivo busca-se o próprio fundamento do instituto. Se a ação criminal prescreve, ou a pena, em vista da desnecessidade da repressão, pelo esquecimento em que o tempo vai envolvendo o crime, todos os atos praticados no sentido da punição do delinqüente, e reveladores do interesse do Estado nessa punição, devem, logicamente, interromper a prescrição penal.

Por esses mesmos motivos, nem todo ato processual opera, ou deve operar a interrupção, mas somente o que, em verdade, demonstre aquele propósito. Assim pensou o legislador

italiano, minuciando, no Código, os atos a que empresta efeitos interruptivos.<sup>658</sup> Do contrário, muitas vezes a prescrição, praticamente, não ocorreria, como frisa VANNINI.<sup>659</sup> A esse injusto perigo estão expostos os acusados, nos países cujos Códigos adotam o sistema simplesmente afirmativo da interrupção, com uma vaga referência a qualquer ato processual dirigido contra o agente, como procedem os Códigos suíço e espanhol, este em relação à prescrição da ação. Preferiu o nosso legislador o processo enumerativo, e andou bem.

Por outro lado, alguns Códigos só admitem a interrupção de fato do curso da prescrição, e não a de direito. Assim, o Código belga (art. 96), onde a causa interruptiva da prescrição da pena é a detenção do condenado. Esclarece HAUS que, sendo o fundamento da prescrição das penas a não-execução destas, a prescrição só pode ser interrompida por atos nitidamente de execução. Atos de perquisição ou de processo, tendentes embora a essa execução, são hábeis, no tempo próprio, para a interrupção da prescrição da ação, mas, uma vez proferida a condenação, a prescrição que corre é a da pena, para cuja interrupção somente têm força atos que representem execução de fato. É evidente, pelo n.º 5 do art. 117, em que se fala de *início* ou *continuação* do cumprimento da pena, que o nosso Código só aceita a interrupção de fato.<sup>660</sup>

A prisão do condenado, por exemplo, é execução de fato da pena, e interrompe, por isso, o curso da prescrição. Não assim a expedição do mandado da prisão, ato endereçado à execução, mas não significando, ainda, cumprimento da pena.

<sup>658</sup> O Código italiano, no considerar as causas interruptivas da prescrição da ação é mais rigoroso do que o nosso. É assim que indica, com esse efeito, a sentença ou o decreto de condenação, o mandado ou ordem de captura ou de prisão, de comparecimento ou de acompanhamento, o interrogatório perante a autoridade judiciária, a sentença de adiamento do julgamento e o decreto de citação para o julgamento (art. 160).

<sup>659</sup> VANNINI, ob., vol. e ed. cit., pág. 656, n.º 230.

<sup>660</sup> HAUS, ob., vol. e ed. cit., pág. 289, n.º 1.046.

166. Adotando o processo enumerativo, aponta o nosso Código como causas de interrupção do prazo prescritivo, quanto à ação, o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia, a sentença condenatória recorrível e, quanto à pena, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência.

A pronúncia era a causa exclusiva de interrupção da prescrição da ação penal, pelo Código de 1890 (art. 79). O decreto n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, acrescentou a decisão confirmatória da pronúncia e a sentença condenatória recorrível (art. 37). Quanto à prescrição da pena, o Código de 1890 admitia como causas interruptivas a prisão do condenado e a reincidência (arts. 80 e 81). No Código atual aparece também como causa interruptiva o recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, n.º 1).

Registre-se, a propósito, que a disposição em apreço, abrangendo causas interruptivas da prescrição da ação penal e causas interruptivas da prescrição da execução da pena, sofre no anteprojeto HUNGRIA sensível transformação. É que, conservando embora a referência genérica a causas que extinguem a punibilidade, quando as indica, em conjunto, no art. 107 (vigente art. 108), o projeto prefere, entretanto, regular separadamente as duas espécies, a primeira no art. 110, § 5.º, e a outra no art. 111, § 3.º. Assim, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência, que pertencem à segunda categoria, aparecem agora desdobradas em lugar próprio, fora do preceito em que lhe fazem companhia, no código, as causas que interrompem a prescrição da ação penal.

J. FREDERICO MARQUES, que louvou o capítulo do Código, sobre a extinção da punibilidade, como um dos seus "pontos altos", pelo labor técnico-jurídico, terá razões de sobra para congratular-se, pela nova disposição da matéria da prescrição no anteprojeto.<sup>661</sup>

<sup>661</sup> J. FREDERICO MARQUES, *Tratado de Direito Penal*, vol. III, 1966, pág. 391.

167. Como se vê, a primeira das causas declaradas é a denúncia ou queixa. Pelo claramente disposto, não é a *apresentação* da denúncia ou da queixa que interrompe o curso da prescrição, mas o seu *recebimento*. Tanto mais se impõe a diferenciação, quanto o projeto ALCÂNTARA MACHADO (artigo 123, n.º 1) falava em apresentação, e o Código fala em *recebimento*.

É que a acusação, expressa numa das duas peças, pode ser rejeitada em determinados casos.<sup>662</sup> Assim, uma denúncia recusada, pelos motivos consignados em lei, é inoperante, para a interrupção do prazo prescritivo. Se nova denúncia for oferecida, e então recebida, dessa data é que se tem por interrompida a prescrição.

O recebimento da denúncia ou da queixa é objeto de despacho do juiz, designando dia e hora para o interrogatório do acusado, e ordenando a citação das partes (art. 394 do Código de Proc. Penal). Esse despacho é que marca, portanto, o recebimento da acusação, e, assim, é ele que interrompe a prescrição.

Não se faz mister, porém, que seja notificado ao acusado, porque, então, a lei teria mencionado expressamente essa circunstância.

No silêncio do Cód. de Proc. Criminal de 1832 opinaram praxistas por que a citação do acusado para se ver processar é o ato interruptivo da prescrição, e não a simples denúncia ou queixa. Parecia-lhes que o chamamento a juízo é que manifesta, de modo inequívoco, o propósito da sociedade de agir para a punição do delito e do seu autor.<sup>663</sup> Pelo nosso Código, como visto, não há esperar que o indigitado tenha ciência da acusação.

---

<sup>662</sup> Pelo art. 43 do nosso Cód. de Proc. Penal a denúncia ou queixa será rejeitada quando evidentemente o fato narrado não constituir crime, quando extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa, quando manifestamente ilegítima a parte ou quando faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

<sup>663</sup> Ver em PAULA PESSOA, ob. e ed. cits., pág. 118, n.º 529.

Falando o Código em *recebimento* da denúncia ou da queixa, é claro, outrossim, que o provimento ao recurso da decisão que rejeitou alguma dessas peças <sup>664</sup> deve retroagir à data da decisão, para daí considerar-se interrompida a prescrição, exatamente porque o julgado da instância superior dá validade à denúncia ou à queixa. Mas, negado provimento ao recurso, e, pois, confirmada a rejeição, a denúncia ou queixa, não estão recebidas, e são tidas, portanto, como inexistentes, para todos os efeitos, inclusive o de interrupção da prescrição.

No caso especial de queixa, cabe ainda examinar o efeito que possa ter, quanto à interrupção do prazo prescricional, a formalidade do aditamento. De acordo com o disposto nos arts. 45 e 46, § 2.º, do nosso Cód. de Proc. Penal, a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada, dentro de três dias, contados da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos. Não haja dúvida, porém, quanto ao momento em que se dá a interrupção do lapso prescricional. O aditamento é formalidade que se preenche, faculdade, que é, do Ministério Público. Com ele, ou sem ele, a queixa já está aceita em juízo, e o seu *recebimento*, segundo o Código, é que constitui o ato de interrupção da prescrição.

168. A forma por que o Código se refere à pronúncia, à decisão que a confirma e à sentença condenatória recorrível, como fatos interruptivos da prescrição, conduz à conclusão de que são os atos em si mesmos, e não a sua notificação ao interessado, que realizam essa interrupção. <sup>665</sup> A lei n.º 261,

---

<sup>664</sup> Pelo art. 581, n.º I, do Cód. de Proc. Penal cabe recurso. em sentido estrito, da decisão que não receber a denúncia ou a queixa.

<sup>665</sup> Interrompe-se a prescrição na data da decisão condenatória, cujos efeitos são imediatos, e não na data da sua publicação, a qual importa para contagem do prazo de recurso: ac. de 3-1-51, do Supremo Tribunal Federal (*Revista Forense*, vol. 139, pág. 357). A sentença condenatória *nula* não interrompe a prescrição: ac. de 18-7-51, da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (*Revista Forense*, vol. 140, pág. 475).



de dezembro de 1841, e o seg. n.º 120, de janeiro de 1842, aquela no art. 34, e este no art. 275, dando à sentença de pronúncia efeitos interruptivos do prazo prescricional, mandavam expressamente contar-se da sua data o novo prazo.

Tratando-se de interrupção, pelo início do cumprimento da pena, sendo privativa da liberdade, pouco importa que a prisão seja no país ou no estrangeiro, mediante extradição.

Referindo-se a sentença condenatória recorrível (inc. IV), deixa patente o código que a sentença que interrompe a prescrição é a *condenatória*, embora recorrível, não a sentença de absolvição. Isto posto, se uma absolvição for desfeita na segunda instância, a pena *inconcreto*, para o efeito de cômputo da prescrição, será, obviamente, a consignada no *acórdão*, e por ela se regulará a prescrição. “Se entre o recebimento da denúncia e o julgamento condenatório em segunda instância — firmou, certa vez, o Supremo — transcorreu espaço de tempo superior ao fixado na lei para operar-se a prescrição, deve esta ser decretada”.<sup>666</sup>

169. A última das causas interruptivas é a reincidência, prevista no n.º VI do artigo. A reincidência, em qualquer de suas duas formas, a genérica ou a específica, uma vez que o Código não faz nenhuma distinção. Não é fora de propósito, entretanto, a advertência, porquanto o projeto ALCÂNTARA MACHADO, que, como tantas vezes repetido, precedeu imediatamente a promulgação do novo Código, atribuía à reincidência *genérica* o papel de interromper o curso da prescrição, se o novo crime fosse punido com a pena de reclusão (art. 123, n.º 5).

Ainda no projeto ALCÂNTARA, a reincidência era meio interruptivo comum à prescrição da ação e à da pena, e em idênticas condições (arts. 123, n.º 5, e 131, n.º 3). Pelo projeto SÁ PEREIRA, *peculiar* à prescrição da pena (art. 158, n.º 3).

---

<sup>666</sup> Ver: ac. de 13 de dezembro de 66, da 3.ª Turma do Supremo. *Diário da Justiça*, de 27 de junho de 67; acs. do Supremo, em reunião plenária, em 8 de abril de 64 e em 22 de abril de 64, no *Diário da Justiça*, de 21 de maio de 64.

Positiva o Código atual a reincidência como o fato que interrompe a prescrição. Cumpre encarar, portanto, essa causa interruptiva dentro, rigorosamente, do conceito legal, isto é, nos termos do art. 46, — a prática de novo crime, de natureza diversa ou da mesma natureza, depois de transitada em julgado a sentença condenatória pelo crime anterior. Condenado o acusado, mas ainda não definitiva a sua sentença, outro crime que venha a cometer não caracteriza uma reincidência. A prescrição está correndo, novamente, desde a data da sentença recorável, e não se interrompe, agora, pelo novo delito, porque somente a reincidência produz essa consequência, e na hipótese não há reincidência, dentro da noção legal.

Impõe-se, portanto, esclarecido, sem sombra de dúvida, que, para a reincidência configurar-se como causa interruptiva da prescrição, a sentença condenatória do primeiro delito é que deve ser definitiva, não a que se refere ao segundo delito. A simples prática deste, preexistindo condenação irrecorrível, já caracteriza a reincidência, interrompendo, pois, a prescrição em curso quanto ao primeiro processo. Do contrário, “só em terceira sentença condenatória, com duas outras irrecorríveis, é que entrariam em vigor os preceitos penais e processuais relativos ao tratamento dos reincidentes”, acentuou decisão unânime das Câmaras Conjuntas Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo, proclamando a interrupção do período de prescrição pela simples superveniência de crime.<sup>667</sup>

Diverso seria o resultado, em face do projeto SÁ PEREIRA, cujo art. 58, n.º 3, considerava como o episódio interruptivo da prescrição a prática de novo crime. Assim também no projeto argentino (1937), onde aliás, a reincidência não é circunstância reveladora, sempre, de perigosidade no agente, mas suscetível de apreciação pelos juizes, no sentido afirmativo ou negativo da perigosidade (arts. 109, n.º 1, e 20, letra f, parte final).

<sup>667</sup> Ac. de 18 de março de 1958, *Revista Forense*, vol. 186, pág. 326

O Código do Uruguai, atribuindo ao novo crime força de interromper a prescrição, exclui, todavia, a hipótese dos delitos políticos, dos culposos e das contravenções (art. 121). Concilia-se a exceção, em parte, com o princípio geral de que não há reincidência entre crimes dolosos e culposos, comuns e militares, comuns e políticos, delitos e contravenções (art. 49). Por outro lado, pelo Código uruguaio, deixa de existir reincidência se o novo crime é cometido depois de cinco anos da condenação pelo anterior (art. 48, n.º 1). Adotando, quando prevê a interrupção do curso da prescrição, a expressão “novo delito”, e não o termo “reincidência”, e submetida esta figura, no seu conceito legal, àquela restrição de tempo, é evidente que o legislador uruguaio erigiu em causa interruptiva da prescrição a prática, simplesmente, de novo delito, salvo se de natureza política, de caráter culposo, ou se contravenção.

Já o mesmo não se dirá do legislador brasileiro, pelo haver usado, como usou, de termo inequívoco, qual o de reincidência, a que dá, no mencionado artigo, definição por sua vez inequívoca.

Há, entretanto, longo e animado debate sobre a legitimidade da reincidência como causa interruptiva da prescrição, assim como há diversidade de orientação e de terminologia entre os Códigos. De uma e outra dessas dissonâncias dá-nos conta o Ministro COSTA E SILVA, no seu comentário ao velho Código.<sup>668</sup>

Ao ver dos opositores, a reincidência é acontecimento estranho ao crime que provocou a ação penal ou contra que se proferiu a condenação. Não tem que ver, nem com uma, nem com outra, como elemento que lhes fosse inerente ou essencial, ou ocorrência que lhes alterasse, ou perturbasse o ritmo. Não se trata, com efeito, de ato de processo, ou de ato executório da pena. Repare-se, da enumeração constante do art. 117, que todas as causas de interrupção do curso prescritivo, aceitas pelo nosso legislador, têm relação direta e

<sup>668</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., págs. 404 a 408.

íntima com o crime cuja prescrição corre, e a que se referem, iniludivelmente, como conseqüências certas, irrecusáveis, que dele são. Todas as causas, menos a reincidência. Não há contestar, dessarte, que, incluindo a reincidência entre os fatores de interrupção da prescrição, teve o legislador em mira a circunstância da maior gravidade de que se reveste o crime, e da indisfarçável perigosidade do seu autor. A reincidência lhe agrava a pena, pelo segundo crime, e se for o caso de estar ainda correndo a prescrição do primeiro delito, põe a esta prescrição um empecilho irremovível, com força de lhe interromper o curso e fazer contar de novo, inteiramente, o prazo assim interrompido.<sup>669</sup>

170. Justo é, portanto, tratando-se, como se trata, de circunstância de caráter pessoal, que houvesse o legislador determinado a incomunicabilidade entre co-delinqüentes, da interrupção da prescrição provocada pela reincidência. É a regra, com a exceção, facilmente compreensíveis, ambas, do § 1.º do artigo: a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime, salvo no caso de reincidência. Dissocia-se, assim, da sorte de um acusado, a de outro, quando dois, ou mais, tenham sido responsabilizados por um crime, e a benefício de todos, igualmente, esteja correndo a prescrição. Entre solidarizar os inculpados, quanto à interrupção da prescrição, qualquer que fosse a causa, ou apartá-los, em qualquer hipótese, preferiu o legislador a primeira norma, que é também a do Cód. italiano (art. 161).<sup>670</sup> Abriu, entretanto, uma exceção, declarada no parágrafo: interrompida a prescrição, por motivo de reincidência, já o

---

<sup>669</sup> Não há considerar *reincidente* ao que, em processo anterior, teve extinta a ação, por *prescrição*, sem o que, talvez, fosse absolvido em grau de recurso. Decretada a prescrição, o juiz não mais poderia examinar o mérito da causa, para *absolver* (acórdão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, in *Arq. Judiciário*, 1945, vol. 75, pág. 43).

<sup>670</sup> Outros Códigos, como o argentino (art. 67), são partidários da interrupção em separado. O projeto argentino (1937) adota o critério também da separação quanto ao curso, à suspensão e à

prazo corre diferentemente para os mesmos participantes no crime, interrompido, quando a um, o reincidente, e sem solução, quanto ao outro, ou outros, não reincidentes. Para o legislador brasileiro, os vários pronunciamentos da acusação, desde a denúncia, até a execução da pena, cada qual com a sua função interruptora da prescrição, formam como que um todo, em relação aos autores do crime, quando múltiplos. Assim, a interrupção produz efeito para todos.

171. Pelas mesmas razões, e ainda para fins processuais de simplificação, a interrupção, ocorrida relativamente a um crime, conexo com outro, e objeto do mesmo processo, estende-se aos demais. A regra, pela sua nitidez, prescinde de esclarecimentos ou interpretações. Registre-se, em todo caso, o seu caráter geral, isto é, sem exceção. Ainda nesse passo, o legislador brasileiro acompanhou o Código italiano, cujo art. 161 consagra o princípio de que a interrupção da prescrição para algum dos crimes contra que se procede conjuntamente produz efeito também em relação aos outros.

172. No § 2.º do art. 117, ordena o Código a contagem, novamente, do prazo da prescrição, interrompido. É corolário, esse, da própria natureza da interrupção, diferente, como vimos, da suspensão do prazo. O período que se interrompe, não se biparte, para que ao lapso anterior pudesse ser adicionado o posterior. Se assim fosse, ou devesse ser, o caso seria de suspensão. A interrupção da prescrição inutiliza irremediavelmente o lapso precedente.<sup>671</sup> Novo prazo, e por inteiro, recomeça a correr: como se nunca houvesse começado, dizia

---

<sup>671</sup> No mesmo sentido, acórdãos do Supremo Tribunal Federal, *in Arq. Judiciário*, 1949, vol. 89, pág. 288; vol. 90, pág. 93; *Revista Forense*, 1948, vol. 115, pág. 563; vol. 117, pág. 543; vol. 119, pág. 524; Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1.ª Câmara Criminal, *in Revista Forense*, 1949, vol. 125, pág. 557; Tribunal de Justiça de São

---

interrupção da prescrição (art. 110). O mesmo no projeto SÓLER quanto ao curso e à interrupção da prescrição não se falando em suspensão (art. 104).

o projeto ALCÂNTARA MACHADO. Não é, todavia, no Código, uma regra inflexível. Como especificado, aplica-se, em todos os casos de interrupção, menos no de cumprimento da pena. É lógico que, interrompida a prescrição da pena, se alguma parcela já o condenado cumpriu, este tempo deve ser descontado do prazo que vai recomeçar a correr.

Absorção  
das penas  
mais leves

*Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as penas mais graves.*

Imprescritibilidade  
da pena  
acessória

*Parág. único. É imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante da condenação.*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 84 e parág. único.

**DIREITO COMPARADO.** — *Códigos*: etíope, arts. 228, inc. 1.º, 233 (2.ª parte) e 235, § 2.º; finlandês, cap. VIII, § 7.º, *in fine*; suíço, art. 73, n.º 2.

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 173. Prescrição das penas mais leves e imprescritibilidade da pena acessória.

**173.** No presente artigo e seu parág. único estabelece o Código, respectivamente, o princípio da prescrição das penas

---

Paulo, Câmaras Criminais Conjuntas, *in Revista Forense*, 1949, vol. 122, pág. 263, vol. 125, pág. 265, este, com votos vencidos, vol. 144, 1952, pág. 430. Em sentido contrário: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in Revista Forense*, 1950, vol. 127, pág. 559. ROBERTO LIRA FILHO argumenta, em favor do cômputo retroativo, que “com a prescrição jurisdicional é que se exerce a reação social específica, é que se exterioriza a defesa coletiva, é que se fixa a dose do tratamento, é que desaparece a entidade abstrata e aparece o homem”, não se justificando, pois, que, concretizada a pena, ainda prevaleça, para efeito da prescrição, uma pena arbitrária, como a prevista em lei ou pedida na denúncia (Ver *Prescrição e cômputo retroativo*, *in Rev. Brasileira de Criminologia*, Rio, 1951, n.º 17, pág. 36).



mais leves com as mais graves, e o da imprescritibilidade da pena acessória.

Não oferece dificuldades a matéria, nem assim a aplicação prática desses dois dispositivos.

Poder-se-á discordar da não-prescrição da pena acessória. Pelos seus fundamentos, não deve a prescrição sofrer limitação. Já houve oportunidade, em outro capítulo, de referência a esse ponto.

O preceito da prescrição das penas mais graves, acarretando a prescrição das mais leves, atende a boas razões doutrinárias e políticas. Não se compreenderia, com efeito, que, conformado o Estado com a não-execução de uma pena de certa intensidade, por haver o tempo consumado a sua tarefa de olvido da condenação, continuasse ainda em curso a prescrição de uma pena mais leve. A natureza ou a duração das penas criadas pelo Código indicam, em caso concreto, a sua maior ou menor gravidade, para os efeitos da prescrição.

Quanto à imprescritibilidade da pena acessória, é pacífico o entendimento da doutrina de que o princípio somente vigora depois da sentença. O próprio enunciado do artigo não deixa, a esse respeito, qualquer dúvida. Nada obstante, o anteprojeto NELSON HUNGRIA ainda é mais explícito: é imprescritível a *execução* das penas acessórias, diz o texto proposto (art. 115).

## Reabilitação

*Art. 119. A reabilitação alcança quaisquer penas impostas por sentença definitiva.*

*§ 1.º A reabilitação poderá ser requerida decorridos 5 (cinco) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena principal ou terminar sua execução e do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, desde que o condenado;*

a) *tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;*

b) *tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;*

c) *tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.*

Penas que a  
reabilitação  
não extingue

§ 2.º *A reabilitação não pode ser concedida:*

a) *em favor dos presumidamente perigosos pelos ns. I, II, III, e V do art. 78 deste Código, salvo prova cabal em contrário;*

b) *em relação à incapacidade para o exercício do pátrio-poder, tutela, curatela ou autoridade marital, se imposta por crime contra os costumes, cometidos pelo condenado, em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou por crime de lenocínio.*

Prazo para  
renovação  
do pedido

§ 3.º *Negada a reabilitação, não pode ser novamente requerida senão após o decurso de 2 (dois) anos (Lei n.º 5.467, de 5 de julho de 1968).*

**DIREITO ANTERIOR.** Consolidação das Leis Penais, art. 86.

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* chileno, art. 105; espanhol, art. 118; etíope, arts. 242 a 243; húngaro, art. 63; italiano, arts. 178, 179 e 181; mexicano, art. 99; português, art. 126, §§ 5.º, 6.º e 7.º; suíço, arts. 76 a 81.

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 174. Condições para reabilitação. 175. Natureza da pena. 176. Cumprimento da pena. 177. Decurso de tempo. 178. Bom comportamento. 179. Reparação do dano civil. 180. Normas

para reparação. 181. Formalidades do pedido de reabilitação. 182. Reabilitação do morto. 183. Restrições à prática da reabilitação. 184. Prazo para o novo pedido.

174. Do enunciado do artigo, na redação que lhe deu a Lei n.º 5.467, deduz-se que são requisitos para a reabilitação:

- a) cumprimento, ou, por qualquer modo, extinção da pena;
- b) decurso de tempo após o cumprimento ou a extinção da pena;
- c) domicílio do reabilitando no País, durante esse período;
- d) bom comportamento;
- e) reparação do dano causado pelo crime.

Nesse elenco de condições não se inclui, obviamente, a *natureza da pena*, como seria diante do texto de 1940. É que, com a nova disciplina legal, a medida não mais se restringe à pena de interdição de direito, alcançando, ao contrário, “quaisquer penas impostas por sentença definitiva”. Por outro lado, uma condição reveste agora caráter nítido, o de domicílio do reabilitando no País durante o tempo indispensável para o seu pedido. Silenciara sobre isso o Código, o que permitiu à lei processual, promulgada depois, admitir o requisito, por forma oblíqua, e decerto exorbitando, ainda que com propósitos sadios.<sup>672</sup>

A ausência de qualquer dessas condições prejudica a concessão. Ainda que todas ocorram, em conjunto, o direito

---

<sup>672</sup> A Lei n.º 5.467, de 5 de julho de 1968, dando nova redação aos arts. 119 e 120 do Código Penal, resultou do projeto n.º 29, de 1966, apresentado pelo senador GUIDO MONDIM, e a que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado, por seu relator, senador JEFFERSON DE AGUIAR, através do parecer n.º 869, de 31 de agosto daquele ano, ofereceu substitutivo, afinal totalmente aprovado na casa de origem e também na Câmara, sendo, aqui, relator, por parecer de 1.º de junho de 1967, o deputado LUIZ PAULO ATAÍDE.

Uma inovação do projeto, que o substitutivo não perfilhou, fora a de que o direito à reabilitação não se exercita por mais de uma

à reabilitação não é, só por isso, líquido. Pela natureza e finalidade do instituto, ao juiz deve restar, em todo caso, a prudente faculdade de avaliar as condições pessoais e qualidades morais do candidato. Sabemos como o costume de atestações graciosas, ou sem maior cuidado, frauda as mais puras intenções da lei, nas exigências razoáveis que cria.

Desde que a reabilitação depende de pedido, e este de apreciação e veredicto da justiça, não há recusar ao magistrado o livre exame das provas e elementos ministrados, ou colhidos. Tanto mais que o nosso Cód. de Proc. Penal lhe dá autoridade para ordenar as diligências que entenda necessárias.<sup>673</sup> Seria, realmente, incoerência permitir-se ao juiz a instrução da causa, por medidas de iniciativa própria, contestando-se-lhe, entretanto, a faculdade de indeferir a reabilitação, apesar de atendidas, em princípio, as prescrições legais.

---

<sup>673</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 745.

vez. Por seu lado, o projeto esqueceu, ou propositadamente não cogitou da "revogação" da reabilitação, falta que o substitutivo corrigiu, acompanhando, com melhor teor, o Código, e deste eliminando a ressalva de que, ocorrendo a hipótese, não mais poderia conceder-se a medida. Tampouco previa a majoração de prazos, em se tratando de reabilitação do reincidente, ao que o substitutivo atendeu, incorrendo embora na impropriedade técnica, que persistiu na lei, de incluir a determinação como parágrafo único de um artigo sobre matéria diversa e em que nenhuma menção se faz aos mesmos prazos.

Outrossim, à primitiva condição de o pretendente à reabilitação não exibir periculosidade, o que, de certo modo, já se compreendia na comprovação do bom comportamento, preferiu o substitutivo indicar, incisivamente, que a concessão não pode ser deferida aos indivíduos de perigosidade presumida, nos termos do art. 78 do código. Ainda no particular do bom comportamento, o substitutivo modificou o texto originário, para trocar "provas efetivas e cabais" por "demonstração efetiva e constante", significando, com isso, que o comportamento deve ser bom positivamente e sem intermitências. Projeto e substitutivo, entretanto, acordaram na elevação para cinco anos do lapso para o requerimento da reabilitação, que no Código era de quatro. Outras diferenciações da nova lei com o texto de 1940 virão a seu tempo, no curso do comentário.

A reabilitação de pleno direito é que se opera, como visto, sem o pronunciamento do Poder Judiciário. Não haveria cogitar, aqui, de outras condições, por isso mesmo que a lei só reconhece a de tempo. Ao revés, a reabilitação judiciária, — forma adotada pelo Código brasileiro, — obedece a requisitos e formalidades, cujo preenchimento se impõe, preliminarmente, para um possível despacho favorável à pretensão.

Isto posto, as condições acima mencionadas não atribuem ao condenado um direito incontroverso à reabilitação; apenas lhe oferecem base para impetrar o benefício. Impetrar, com probabilidade de bom êxito, como diz DEGOIS.<sup>674</sup> O fato de requerer a reabilitação não quer dizer que possa ou deva o condenado obtê-la. É corrente, hoje, que a reabilitação é um *direito*; mas isso significa que não é *ato de favor*, como outrora. A justiça é soberana para concluir se o indivíduo em causa merece, ou não, a reabilitação; pode, assim, concedê-la, “apesar dos pareceres desfavoráveis”, ou negá-la, “sem embargo dos pareceres favoráveis”.<sup>675</sup>

Silencia o Código sobre a possibilidade de franquia, em certa emergência, ou para categoria especial de condenados, de algum ou de todos os requisitos, efetivando-se, assim, a reabilitação sem dadas condições, ou sem condição de qualquer espécie.

Há exemplo frisante no direito francês. A lei de 14 de agosto de 1885 dispensou da prova de residência — que era um dos requisitos da reabilitação, juntamente com o cumprimento da pena e o decurso subsequente de tempo — duas classes de indivíduos: os que, pela contingência da profissão,

<sup>674</sup> DEGOIS, ob. e ed. cit., pág. 401, n.º 793.

<sup>675</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 663, nota 23. O projeto brasileiro da Comissão Legislativa (1935) dava ao juiz, nos casos de reabilitação a delinquentes punidos com pena inferior a cinco anos, a faculdade de denegar o pedido, em despacho motivado, quando se convencesse de que o reabilitado *simulava o arrependimento* (art. 146, § 2.º). Permitindo a reabilitação para numerosa classe de condenados, pelo critério de pena curta, o projeto sujeitava a concessão a condições mais pesadas, e, em última análise, entregava ao juiz, pelos ditames da sua convicção, a sorte do reabilitando.

não pudessem fixar domicílio, e os que, durante aquele tempo ou em parte dele, houvessem estado em serviço militar. Uns e outros supririam a condição com atestados de conduta, passados, àqueles, pelos seus patrões ou chefes, e aos últimos, pelos seus superiores. Para essas exceções havia um imperativo sem dúvida permanente; não andaria errado quem enxergasse na ressalva aos militares também outra razão, sentimental e política, que as circunstâncias do momento, com o país lutando para ressurgir do tremendo desastre das armas, suficientemente explicavam. Pouco mais de trinta anos depois, idênticos motivos nacionais, em fase por igual cruciante, a despeito da vitória militar, tornavam renovada e consagrada a prerrogativa, principalmente pelas amplíssimas disposições das leis de março e de abril de 1919, meses após o armistício.

Agora, a escusa de condições é terminante e total, em relação aos condenados que, no serviço de guerra, houvessem recebido citação em ordem do dia, por "ato de bravura". De nenhuma condição, nem de tempo, nem de residência, nem, outrossim, de cumprimento da pena, ficaria dependendo o seu pedido de reabilitação. Não importava estivessem eles em débito de custas de multa, da indenização civil. A bem dizer, é outra forma, esta, de reabilitação, forma excepcional, ainda mais do que a reabilitação de pleno direito, porque nem prevalece o requisito do tempo, essencial para esta. As condições ordinárias, todas as condições, enfim, são, sob um mesmo critério, reduzidas a uma só, a do louvor em ordem do dia militar. O feito de heroísmo, pelo que exprime, de valor próprio, de serventia nacional, de dignidade cívica, redime, assim, de vez, o condenado, da sua culpa. O decreto da reabilitação não é senão formalidade secundária.

Parecendo corresponder a interesses transitórios, conquanto da maior relevância, o certo é que essa figura de reabilitação ingressou de maneira duradoura no direito positivo francês.<sup>676</sup> Se teve préstimo para os aureolados na

---

<sup>676</sup> Cód. de Instrução Criminal francês, antigo art. 621. O atual artigo 625 admite a reabilitação independentemente de condições,



guerra de 1914, aos quais diretamente favoreceu, a alguns, até, encerrando, em meio, a pena, teria, também, aplicação em caso de nova guerra, como antecipou VIDAL,<sup>677</sup> sem suspeitar, talvez, que tão depressa o destino haveria de lhe confirmar as palavras.

Vê-se, em conclusão, que as condições comumente estabelecidas para a reabilitação não são de caráter absoluto, como algo inerente ao instituto. Podem cessar, ou mudar, à mercê de circunstâncias.

Nada obsta a que isso aconteça, amanhã, no nosso direito, assim se ofereça a oportunidade.

Por outro lado, variam as condições em número e em rigor. Achou o legislador brasileiro de 1940 dispensável, por exemplo, o requisito de residência fixa do reabilitando, depois de cumprida a pena e antes de solicitada a reabilitação. Existente no direito francês, e, por influência deste, no direito belga, destinava-se a fornecer um elemento, podíamos dizer, infalível, de apuração da boa conduta do reabilitando. Antes disso, facilitava muito às autoridades administrativas a quem compete a atestação da conduta o desempenho da delicada incumbência funcional. Residindo o condenado no mesmo

---

<sup>677</sup> VIDAL-MAGNOL, ob. e ed. cit., pág. 702, n.º 601-bis.

se, depois da infração, houver o condenado prestado serviços relevantes ao país, com perigo de vida. Ver, a propósito, a ordenação de 13 de agosto de 1945, que substituiu as disposições do Código processual sobre a reabilitação (*Code d'Instruction Criminelle*, Col. Dalloz, Paris, 1951, pág. 316). Reza o código da Etiópia que quando o justificar um ato particularmente meritório do requerente, do ponto de vista cívico, militar ou social, a reabilitação poderá ser concedida antes do término dos prazos normais (art. 244, § 3.º). O preceito foi claramente inspirado pelo código suíço, que tendo adotado a reabilitação para as penas acessórias de interdição (arts. 76 e segs.) e admitido, outrossim, o cancelamento, nos assentos judiciais do indivíduo, da sentença a pena privativa da liberdade ou a multa, mediante o prévio preenchimento de condições de tempo, de conduta e de reparação civil, permitiu, neste último caso, o deferimento da medida “antes da expiração dos prazos normais se um ato particularmente meritório do requerente o justificar” (art. 80, § 3.º). Advirta-se que o código etíope é da lavra do penalista suíço JEAN GRAVEN.

lugar, durante o tempo imprescindível para o pedido de reabilitação, sua vida e atividade seriam acompanhadas, sol a sol, pelos delegados do poder público, encarregados de lhe atestarem, amanhã, o proceder, para fins de reabilitação.<sup>678</sup>

Houve, pelo projeto brasileiro da Comissão Legislativa, um ensaio desse requisito de residência. Exigia-se, nos casos de reabilitação por condenação inferior a cinco anos, que o reabilitando provasse boa conduta durante *10 anos de residência no país*, depois do cumprimento da pena.<sup>679</sup>

A condição, inexistente no Código, foi acolhida, entretanto, no Cód. de Proc. Penal, é verdade que sem o mesmo aspecto rígido, mas servindo, inegavelmente, ao propósito de fidelidade na comprovação da conduta do reabilitando. É que o requerente deve indicar as *comarcas* em que haja residido, durante o estágio para o pedido. E sendo o seu procedimento atestado pelas autoridades policiais dessas comarcas, e por certidões de não haver aí respondido, nem estar respondendo a processo penal, percebe-se que o legislador, sem acolher, ao extremo, a condição da residência estável, a ela indiretamente atendeu. Se tiverem sido sucessivos no período de espera para a reabilitação os domicílios, múltipla será, consequentemente, a documentação relativa à conduta.<sup>680</sup> Sobre-carrega assim de prova o pedido de reabilitação, e reveste-se de séria credibilidade essa prova, no particular dos atestados. É manifesto o esforço para intenções e critérios de honestidade.

Às tribunaux ficou, assim, o encargo de dizer se a formalidade processual de declaração de domicílio, tal como deve ser preenchida, envolvia obrigatoriedade, ao reabilitando, de

<sup>678</sup> Cód. de Inst. Criminal francês, antigo art. 621, inc. I. Os atuais arts. 626 e 627, resultantes da Ordenação de 13 de agosto de 1945, exigem a indicação, no pedido de reabilitação, dos diversos *lugares* onde o condenado tenha residido depois de cumprida a pena, e a apresentação, consequentemente, de atestados de conduta em relação a cada um desses lugares. Ver *Code d'Instruction Criminelle*, ed. e pág. cit.

<sup>679</sup> Projeto da Comissão Legislativa, art. 146, n.º I.

<sup>680</sup> Cód. de Proc. Penal, arts. 743, *in fine*, e 744, ns. I e II.

residência no território nacional, ou se, pelo menos a sua viagem ao estrangeiro interrompe o prazo para o pedido do benefício. A continuidade de residência está implícita na condição, como fora estabelecida pela legislação francesa. Neste caso, o reabilitando que, no decurso do tempo imediatamente anterior ao pedido de reabilitação, troca o domicílio de uma para outra circunscrição, ou, no período final, de um para outro município, perde, irremediavelmente, o prazo já vencido e novo prazo começa a contar, salvo, naturalmente, como exemplifica LOUIS ANDRÉ, curtas viagens, determinadas por interesses de família ou negócios.<sup>681</sup>

Pelo disposto no nosso Cód. de Proc. Penal não importa a circunstância da continuidade de residência. Releva, porém, a da residência no estrangeiro, ou a da sua interrupção no território nacional, sobre que o Código silenciou. Nada autoriza supor que fosse intenção sua restringir o domicílio ao país. E assim, admitido que possa o reabilitando demorar no estrangeiro durante todo o tempo, ou parte dele, a indicação dos lugares de residência, com as respectivas folhas corridas e atestações de conduta, será ainda exigível, substituída, naturalmente, a informação das autoridades pátrias pela das autoridades consulares das cidades onde o reabilitando houver estado ou permanecido. É a solução que se apresentaria, entre nós, na hipótese figurada, afim com a solução em outros países, especialmente a França, para idênticas emergências.<sup>682</sup>

Aliás, tais ponderações carecem hoje de qualquer relevância, visto que o art. 119, com a sua atual redação, exige a permanência do reabilitando no País, ao que, de resto, facilmente se ajustarão às disposições processuais mencionadas.

<sup>681</sup> LOUIS ANDRÉ, ob. e ed. cit., pág. 201.

<sup>682</sup> A Conferência de Desembargadores (vol. cit., Rio, 1944, página 315) decidiu (Conclusão XLVIII) que se o reabilitando houver residido fora do país, a prova de que cogita o n.º II do art. 744 do Cód. de Proc. Penal deve ser feita por meio de atestados das autoridades estrangeiras locais, devidamente legalizados na repartição consular.

175. Cumpre-nos, ainda, ressaltar, com louvores, a orientação seguida pela lei n.º 5.467, libertando o instituto das mofinas limitações em que o confinara o código de 1940. Apartando-se, neste passo, de outros diplomas, o nosso legislador adotara, com efeito, a reabilitação somente para uma espécie de pena, a de interdição de direito, que é sanção acessória, na sistemática do Código.<sup>683</sup> Pelo projeto da Comissão Legislativa (1935) a reabilitação, além da pena de interdição de direitos cívicos, também acessória, abrangia os condenados a pena menor de cinco anos, tornadas, porém, mais rigorosas as condições, dentre as quais, como vimos, a de residência no país durante 10 anos, depois do cumprimento da pena (arts. 145 e 146). Fora seu modelo o projeto SÁ PEREIRA (art. 164, n.º 1). Não vingou a idéia no Código atual, onde o instituto da reabilitação apareceu nas suas linhas mestras, para um mínimo, porém, de aplicação prática.<sup>684 - 685</sup> Não se animou o legislador com o exemplo do Código francês, nem com o do Código espanhol, vigente àquela época e onde a reabilitação beneficiava os delinquentes.

---

<sup>683</sup> A interdição de direito, *ex vi* do art. 69, compreende: "I, a incapacidade temporária para investidura em função pública; II, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício da autoridade marital ou do pátrio-poder; III, a incapacidade, permanente ou temporária, para o exercício de tutela ou curatela; IV, a incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende de habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público; V, a suspensão dos direitos políticos".

<sup>684</sup> Pelos termos de voto vencido do então desembargador EDGAR COSTA, na 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conclui-se haver sido a reabilitação deferida a acusado que cumpriu pena outra que não a de interdição de direito, revestindo, assim, o aspecto de verdadeira e completa restituição. São expressões e argumentos desse voto: "A reabilitação não é uma *restitutio in integrum*, mas um benefício consistente no cancelamento da *pena acessória de interdição de direitos*" (Exposição de motivos do Cód. Penal, n.º 36). Isso, aliás, está expresso no art. 119, *verbis*: "A reabilitação extingue a pena de interdição de direito..., e essas interdições são as que o art. 69 especifica. Ora, o recorrido fora condenado, por crime de apropriação indébita, às penas de prisão e multa; tendo

tes primários, em geral, variando o prazo para a decretação, de acordo com a maior ou menor duração da pena (art. 121). Preferiu guiar-se pelo Código italiano, que restringe a reabi-

obtido o benefício de suspensão condicional, foi aquela julgada extinta, findo o prazo da suspensão; quanto à multa, sob alegação de pobreza não provada, não na satisfaz. Nenhuma interdição de direito lhe foi aplicada. "Caso, pois, não era de reabilitação: reabilitação de que e para quê?" *In Arq. Judiciário*, 1942, vol. 64, pág. 300. No mesmo sentido de que a reabilitação não extingue as penas principais, mas somente a acessória de interdição de direito, nos termos restritos do antigo art. 119, foram dentre outras, as decisões: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2.<sup>a</sup> Câmara, *in Revista Forense*, vol. 102, pág. 132; *Arq. Judiciário*, vol. 74, pág. 277, e vol. 75, pág. 42; *Revista Forense*, vol. 124, pág. 557; 1.<sup>a</sup> Câmara, *in Arq. Judiciário*, volume 79, pág. 165; 3.<sup>a</sup> Câmara, *in Arq. Judiciário*, vol. 83, pág. 314. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 143, pág. 46; 3.<sup>a</sup> Câmara, *in Rev. dos Tribunais*, volume 180, pág. 146; 3.<sup>a</sup> Câmara, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 181, página 146. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1.<sup>a</sup> Câmara, *in Revista Forense*, vol. 128, pág. 582; e 2.<sup>a</sup> Câmara, *in Revista Forense*, vol. 162, pág. 347. Em sentido contrário, sustentando que a reabilitação cabe no caso de não ter havido aplicação da pena acessória de interdição de direitos, por isso que também extingue outros efeitos penais da condenação, o acórdão unânime da 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 184, pág. 623. Ver, a propósito, o *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, de VALENTIM ALVES DA SILVA, São Paulo, 1951, pág. 675.

685 A reabilitação criminal cabe, somente, na pena de interdição de direito: acs. de 3-9-51 e de 29-10-51, da 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, vencido em ambos o desembargador ADRIANO MARREY, que amplia o instituto (ver, respectivamente, *Revista Forense*, 1953, vol. 145, pág. 425, e *Justitia*, 1952, vol. 12, pág. 234). O mesmo número de *Justitia*, pág. 128, insere parecer do subprocurador da justiça em São Paulo, ANTÔNIO DE QUEIRÓS FILHO, favorável à reabilitação sem restrição de pena. Pelos RE ns. 50.596 (1962) e 60.858 (1966), decidiu o Supremo que a reabilitação somente se aplica à pena de interdição de direito. Os dois julgados foram citados noutro acórdão, de abril de 1968, em que o relator, ministro VÍTOR NUNES LEAL, não conheceu do recurso, pelo mesmo fundamento, sendo acompanhado pelos demais componentes da 1.<sup>a</sup> turma (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 44, pág. 663).

litação às penas acessórias e aos efeitos penais da condenação.<sup>686</sup>

Não merecia aplauso, por isso. A *reabilitação*, incorporando-se ao aparelhamento defensivo da sociedade contra o crime, representa, atualmente, uma das peças de maior significação moral e maior utilidade na complexa tarefa de reclassificação social dos delinquentes. Não se compreende, pois, a sua aplicação, sob limite de pena.<sup>687 - 688</sup>

176. Para que a reabilitação seja concedida, é imprescindível o cumprimento da pena. Vimos que a reabilitação

---

<sup>686</sup> Código italiano, art. 178. Pelo art. 20 as penas acessórias, compreensivas das diversas interdições, “seguem-se de direito à condenação, como efeitos penais dela”. Também é pena acessória a publicação especial da sentença penal de condenação (art. 19, inciso 2.º).

<sup>687</sup> No Brasil, a corrente dos que ampliavam a reabilitação, a despeito da letra do código, atribuiu ao importante instituto, tal como no direito suíço, dois efeitos: o de extinguir a pena acessória, conforme declarado no então art. 119 do Código, e o de apagar os antecedentes criminais, na forma do art. 748 do Cód. de Proc. Penal. Ver em MILTON EVARISTO DOS SANTOS (*Reabilitação — Estudos de Doutrina e Jurisprudência, Revista Forense*, 1955, vol. 157, pág. 541), cópia de julgados em prol de uma e outra das duas aplicações. Pelo uso extensivo, é J. FREDERICO MARQUES (ob., vol. e ed. cit., pág. 441), indagando: “de que adianta o prêmio de cancelar a pena acessória,

---

Em judicioso voto vencedor na 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Alçada da Guanabara, no Recurso Criminal n.º 23 (1966), o relator, desembargador EPAMINONDAS PONTES, admitiu a reabilitação para apagar-se o registro da condenação de quem, há mais de dez anos, fora sentenciado a pena de multa, por porte ilegal de arma... E frisava ser um contra-senso consentir-se na reabilitação, quando há tal gravidade que esta se traduz em penalidade acessória, entretanto imprescritível, ao passo que num caso simples de imposição de multa, que prescreveria em dois anos, a mesma reabilitação seria, na aparência, impossível, impedindo o interessado de obter, vitaliciamente, folha corrida. Tal entendimento conduziria, afinal, a atribuir efeito imutável no tempo a uma condenação, quando é certo que a Constituição veda as penas perpétuas.



pressupõe uma condenação, já satisfeita pelo criminoso. O requisito figurou em termos inequívocos no Código:... “e somente pode ser concedida após o decurso de quatro anos, *contados do dia em que termina a execução da pena principal*” etc. A redação, contudo, não foi feliz e suscitou, na prática, algumas dúvidas, no tocante à extensibilidade da medida aos condenados que não cumprissem, propriamente, a pena, porque dispensada, no todo ou em parte, a execução.

É que o legislador, dispondo sobre a matéria de cômputo do prazo para a reabilitação, deu como início o dia em que *termina a execução* da pena, parecendo, dessarte, excluir as outras hipóteses, menos comuns, de extinção da penalidade. A expressão favorecia, com efeito, a idéia de *cumprimento material da pena*, o que não se dá, por exemplo, com o Código espanhol (1944), que usa da fórmula genérica “extinção da condenação”, e com o Código italiano, que declara contar-se o prazo “do dia em que a pena principal tiver sido cumprida, ou de qualquer modo extinta” (art. 179). A ressalva final consagra a verdadeira orientação, que foi a vitoriosa no

---

se para outros condenados permanecem restrições bastante pesadas, como consquência da condenação e nem mesmo sua regeneração ampla e total pode apagá-las?

688 Decisão, por maioria de votos, da 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo (*Justitia*, n.º 19, 1957, pág. 289) acusou o paradoxo a que conduziria uma interpretação restritiva do Código, beneficiando quem fosse condenado à pena principal e outra acessória e desamparando o condenado a uma só pena privativa de liberdade. Por decisão unânime de junho de 1968, a 2.<sup>a</sup> Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (*Rev. dos Tribunais*, vol. 392, pág. 334), arrimando-se em J. FREDERICO MARQUES e E. MAGALHÃES NORONHA, também reconheceu lícita a decretação da reabilitação criminal, mesmo não tendo sido imposta na condenação pena acessória de interdição de direito. A lei n.º 5.467, dando amplitude ao instituto, atendeu, sem dúvida, a repetidos pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência. Ainda o professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, apreciando o anteprojeto NÉLSON HUNGRIA, criticou-o por haver mantido o critério restritivo do Código (Ver *A reforma da legislação penal*, *Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 3, 1963, pág. 41).

direito francês, há mais de século,<sup>689</sup> e prevalece, de modo peremptório, na redação dada pela nova lei brasileira ao Código.

Condenado agraciado não perde, em razão disso, o direito à reabilitação. Pena anistiada, pena indultada, é pena cumprida, para os efeitos de reabilitação. Outra não pode ser a solução, na eventualidade de prescrição. A muitos se afigura que o fato de haver o condenado fugido à execução da pena importa procedimento reprovável, quando não desabonador, retirando à reabilitação qualquer legitimidade. Tais escrúpulos não procedem, uma vez que a reabilitação é condicionada, em qualquer caso, à prova de boa conduta, e essa prova concerne ao tempo subsequente ao cumprimento da pena, ou contado da data em que a prescrição se consumou.<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> A primitiva disposição do Cód. de inst. Criminal francês requeria que o condenado houvesse cumprido a pena (art. 619: "*tout condamné à une peine afflictive ou infamante qui aura subi sa peine, pourra être réhabilité*" — texto de 1810). A lei de 28 de abril de 1932, relativa à reabilitação, estendeu, expressamente, a medida aos condenados agraciados, igualando, assim, ao cumprimento da pena a sua dispensa ou comutação, por efeito de graça: "*tout condamné... qui aura subi sa peine, ou qui aura obtenu, soit des lettres de commutation, soit des lettres de grâce, pourra être réhabilité*". A lei de 3 de julho de 1852, que permitiu a reabilitação para as penas correccionais, manteve a ressalva. Ver em *Code d'Instruction Criminelle et Code Pénal*, Col. Dalloz, 25.<sup>a</sup> ed., Paris, 1927, pág. 254. Presentemente, o Código dispõe, apenas, que pode ser reabilitada qualquer pessoa condenada a uma pena criminal ou correccional (art. 619). Mas, ao fixar, no art. 622, o prazo para o pedido de reabilitação — cinco anos para os condenados a uma pena criminal e três anos para os condenados a uma pena correccional — marca, como data de início do lapso, o dia da *libertação* do condenado. Por sua vez, estabelece o Código, quanto à reabilitação de pleno direito, que a remissão, total ou parcial, de uma pena, por meio de graça, equivale à sua execução, total ou parcial (art. 620, *in fine*). O mesmo efeito é reconhecido, expressamente, à prescrição. Ver in *Code d'Instruction Criminelle*, Col. Dalloz, Paris, 1951, págs. 314 e segs.

<sup>690</sup> Respeitando tais escrúpulos, explicáveis, o legislador francês acrescentou às condições ordinárias para a reabilitação, mais duas: a de ausência de qualquer condenação por crime ou delito, durante

A ação do indivíduo, evitando a pena, é episódio anterior a esse tempo, como é, no caso de pena efetivamente cumprida, o comportamento na penitenciária, ou onde for. Se a sociedade, por seu alvedrio, dispensa a pena, a pretexto de prescrita, aceitando que o condenado reingresse na vida social, como parcela livre, por que lhe negar a reabilitação, de que precisa, para o seu definitivo reajustamento?

Afora as hipóteses de graça, ou prescrição, não deve haver exceção à exigência do cabal cumprimento da pena. Assim, não pode pretender a reabilitação o condenado evadido em meio da execução da pena; cumprida somente parte desta, não está a condenação satisfeita, nem o indivíduo desobrigado da parte restante. A situação é bem diversa da prescrição, porque na prescrição — mesmo o culpado foragido — a sociedade abre mão do direito de punir. O evadido, ao contrário, não obteve quitação das suas responsabilidades penais, e sem quitação não há reabilitação.

Também no curso do período de prova da condenação condicional ou do livramento condicional não cabe a concessão da reabilitação. Suspensa a pena, sob condições a serem preenchidas pelo beneficiário, somente quando a justiça reconhecer cumpridas tais condições, e, portanto, extinta a pena, é que há oportunidade para a reabilitação. Ao indivíduo sob *sursis* falta uma das condições para o pedido, ou seja, o cumprimento da pena. No caso, a pena ainda está por se executar, e pode, mesmo, vir a sê-lo em mais de uma hipótese, prevista em lei.

O mesmo, quanto ao livramento condicional. Interrompe-se, aqui, a pena, no período final. Mas o condenado não deixa, por isso, de cumprir a sua pena, até ao termo; o que há é que cumpre, na porção restante, em *liberdade*. Enquanto não atendidas as condições mediante as quais o livramento

---

o curso da prescrição, e a de *conduta irrepreensível* (lei de 10 de março de 1898, art. 634, *in fine*, do Cód. de Inst. Criminal francês). Além disso, o ônus da prova recai sobre o reabilitado, quando nos demais casos cabe ao Ministério Público reunir os elementos de comprovação das condições legais.

foi deferido, não está, em verdade, satisfeita a pena, e falece à reabilitação um dos seus requisitos.<sup>691</sup>

Pelas mesmas razões, não há reabilitação de indivíduo não condenado. A condenação, não se perderá em repetir, é pressuposto da reabilitação; se o inculcado é absolvido, ao fim do processo penal, não há porque pedir em seu favor a reabilitação; constrangimentos ou apreensões que haja sofrido, por motivo da acusação, estão compensados pela declaração irrevogável da sua irresponsabilidade. Reabilitar o absolvido seria contestar ao veredicto de absolvição o efeito de reparação moral ao acusado.

Duas ou mais as penas impostas, a reabilitação não pode ser deferida, enquanto não preenchida a condição do cumprimento de todas elas. É da índole e da finalidade do instituto ser de efeitos totais, gerais. Do mesmo modo que não se compreenderia uma reabilitação em porções, não se justifica uma reabilitação que anule umas penas, deixando outras de pé. Teríamos o penoso espetáculo de um reabilitado manco, para quem a reabilitação, afinal, seria uma irrisória inutilidade, por lhe não haver restituído, senão em parte, a liberdade de ação, quando, no seu caso, ou toda ou nenhuma.

177. Não há critério uniforme nas legislações sobre o prazo que deve transcorrer entre o cumprimento ou a extinção da pena e o pedido de reabilitação. Admite-se, porém, que o tempo seja maior, em se tratando de criminosos reinidentes. Nos Códigos brasileiro, francês, italiano, é duplo. Ainda assim, em nenhum dos três, o prazo, por mais longo, ultrapassa o do Código espanhol, cujos períodos, para os criminosos primários, únicos merecedores do favor, são de 15 anos, em caso de pena privativa da liberdade superior a

---

<sup>691</sup> A lei n.º 5.467 esclarece que o prazo para o requerimento de reabilitação se conta "do dia em que terminar o prazo da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional" (Redação para o § 1.º do art. 119 do Código).

seis anos, e de 10, no caso das demais penas.<sup>692</sup> Curto prazo é o do Código suíço — dois anos — quanto à reabilitação de penas acessórias; já para o cancelamento da sentença condenatória, o prazo varia de cinco, 10 e 15 anos, conforme a natureza da pena imposta.<sup>693</sup>

Não há justificativa para prazos longos. Se um tempo breve, pela natural imprecisão de prova, não proporciona a exata medida da conduta do ex-condenado e da sua capacidade de readaptação social, também, por seu lado, um prazo nímio produzirá efeito contrário ao visado, permitindo se escoe, muitas vezes, com o declinar da vida e o esmorecer das energias intelectuais e físicas, a época propícia ao delinquente para a volta ao ambiente social, aproveitadas, no máximo, as vantagens dessa recuperação. Assim, os prazos muito dilatados fazem temer que a reabilitação se transfigure num *escárnio macabro*, como se pronunciou ALTAVILLA sobre o cancelamento do registro da sentença criminal, no Cód. de Processo italiano.<sup>694 - 695</sup>

Do ponto de vista da contagem do prazo, o critério dominante é o do começo no dia em que a pena estiver cumprida, ou por qualquer modo extinta. Na hipótese de livramento condicional, do dia em que o benefício se torna definitivo, por satisfeitas as condições estabelecidas, e não

<sup>692</sup> Art. 118 do texto de 1944. Alguns poucos crimes, entre os quais os culposos (por imprudência) e os cometidos por menores de dezoito anos, têm o prazo reduzido para cinco anos.

<sup>693</sup> Código suíço, arts. 76 e 80, este modificado pela L. F. de 5 de outubro de 1950. O Código cubano de 1928 adotou critério singular: o prazo para reabilitação é igual à metade do que se exige para a prescrição das penas (art. 108).

<sup>694</sup> ENRICO ALTAVILLA, *Um novo Projeto de Código Criminal Brasileiro*, in *Rev. da Fac. de Direito de São Paulo*, 1939, vol. 35, pág. 178.

<sup>695</sup> Recomendando a adoção da reabilitação nos seus efeitos quanto à pena acessória e quanto ao cancelamento da condenação nos assentos judiciais, salvo requisição do juiz criminal, na emergência de novo processo contra o beneficiado, o *Congresso de Direito Penal e Ciências Afins*, reunido em Belo Horizonte, em 1966, não optou por prazo fixo para a possibilidade de requerimento, usando,

do dia em que a concessão é deferida. Assim também no caso de suspensão inicial da pena. Vimos que, numa como noutra hipótese, enquanto não realizadas as condições a que o beneficiado se comprometeu, não está cumprida a pena.

No caso de prescrição, conta-se o prazo do dia em que esta se consuma. Interrompido, por qualquer motivo, o curso da prescrição, sofre a mesma sorte o prazo para a reabilitação.

Firmou o Código que a reabilitação somente podia ser *concedida* após o decurso de quatro anos, do dia em que terminar a execução da pena principal. Pareceria, à primeira vista, que o prazo é para a *concessão*, e não para o *pedido*, porquanto entre o pedido e a concessão decorre certo lapso. Se a intenção fora exigir o prazo para a entrada do pedido, teria dito o Código que a reabilitação somente poderia ser *requerida*, e não como está, somente pode ser *concedida* após o decurso de quatro anos. Reparando-se bem, entretanto, o *pedido* de reabilitação, para ser endereçado, precisa estar instruído com a prova de bom comportamento do candidato durante o prazo decorrido, após o cumprimento da pena; o decurso de quatro anos, exigido pelo Código, é, portanto, para o *pedido* e não para a decretação da reabilitação. A lei afasta quaisquer dúvidas, usando do termo *requerida*, no art. 119, e não *concedida*, como antes.

178. Ao contrário de alguns Códigos, como, por exemplo, o peruano e o suíço, que exigem do reabilitando uma conduta de modo a justificar a reabilitação, <sup>696</sup> pondo, assim, em mãos do juiz, sensível arbítrio para a verificação do requisito, o nosso Código qualificava de *bom* o comportamento que

---

<sup>696</sup> Código peruano, art. 130; Cód. suíço, arts. 76 a 80.

---

ao invés, de regra que dá ao arbítrio judicial larga margem, qual a de que "a reabilitação pode ser concedida desde que seja permitido o contato do condenado com a sociedade", verificado por qualquer dos meios de execução ou extinção da pena (Ver *Estado de Minas* de 2 de agosto de 1966).



serve de base ao pedido. E dele requeria *provas efetivas*. E *constantes*, acrescentou a lei.

Devemos considerar *bom* o comportamento que, não sendo irrepreensível, representa, entretanto, garantia suficiente de regeneração do indivíduo. O que, do ponto de vista subjetivo de apreciação do juiz, vem a ser o mesmo que a fórmula usada pelos dois citados Códigos. Como opinava COSTA E SILVA, “não é possível exigir um teor de vida moralmente irrepreensível. Basta que o pretendente à reabilitação haja cumprido os seus deveres como membro da sociedade: faça presumir a sua inocuidade”.<sup>697</sup>

Uma expressão dessa natureza — *exemplar comportamento anterior* — circunstância atenuante no Código brasileiro de 1890 — foi motivo de debate na doutrina e não pequeno desencontro nos julgados, entendendo uns por *exemplar* procedimento a ausência de antecedentes penais, e outros reclamando, para o reconhecimento da atenuante, fatos concretos, reveladores de proceder acima do estalão ordinário. O mesmo Tribunal, às vezes, oscilou de uma a outra dessas interpretações.

O debate voltará inevitavelmente, em face da expressão do nosso Código, ainda que elementos positivos sejam, aqui, oferecidos, pela lei, para a apuração do bom comportamento, tais como folha corrida criminal, atestados oficiais e particulares, documentos outros, etc. Com isso está afastada, inteiramente, a possibilidade de se erigir em prova de *bom comportamento* a simples falta de precedentes judiciais. Esta circunstância, que, aliás, deve ser provada, concludente, e não verificada por meio indireto, é tão-só uma das circunstâncias para o critério de comportamento capaz de motivar a reabilitação. “Bom comportamento” — lembrava o ministro COSTA E SILVA — “deve ser alguma coisa mais do que a inexistência de outro crime, depois de cumprida a pena.”<sup>698</sup>

Não é de exigir, porém, procedimento fora do comum, atestado por atos de excepcional valor moral, gestos de

<sup>697</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 430.

<sup>698</sup> COSTA E SILVA, ob., vol. e ed. cit., pág. 430.

altruísmo social, enfim, uma vida absolutamente impecável e útil, na ordem pública e privada. Se assim o quisesse o legislador, teria qualificado de *exemplar*, ou *modelar*, ou *irrepreensível* a conduta, e outras expressões que tais, simbólicas de um procedimento mais do que bom. <sup>699</sup> O que é bom deve ser imitado, mas está longe de ser excepcional. Um

---

<sup>699</sup> *Boa conduta* era a expressão do projeto SÁ PEREIRA, arts. 163 e 164, n.º I. O projeto da Comissão Legislativa, calcado nesse, distinguia duas espécies ou tipos de comportamento: o *regular* e o *bom*. Para a reabilitação no caso de pena acessória, bastaria o *regular comportamento* como uma das condições, art. 145. Para a reabilitação em geral, dos condenados a pena menor de cinco anos, devia ser *bom* o comportamento, art. 146, n.º I. Não fixando critério para essa concepção gradativa da conduta individual, o projeto entregava ao juiz, conseqüentemente, a apreciação do *regular* e do *bom* comportamento, em cada caso. Melhor pensou, nesse particular, o projeto ALCÂNTARA MACHADO, eximindo-se de adjetivar a conduta, tarefa que deixou ao juiz. Para a reabilitação haveria o condenado de *justificar por seu comportamento a presunção de emenda* (art. 67, II, letra b). A Comissão revisora desprezou a fórmula, para voltar à de *boa conduta* do projeto SÁ PEREIRA, substituindo o termo *conduta* pelo de *comportamento*, queremos crer no zelo patriótico do idioma. Na legislação disciplinar militar brasileira (Reg. Disciplinar do Exército), o comportamento das praças é classificado, para fins disciplinares, e para outros efeitos, em *excepcional*, *ótimo*, *bom*, *insuficiente* e *mau*. Serve de critério o tempo, combinado com o das punições, sofridas ou não (art. 66, letras a, b e c, do dec. federal n.º 8.835, de 23 de fevereiro de 1942). O Código italiano (art. 179) usa da expressão *boa conduta*, o Código cubano (art. 108) da expressão *conduta irrepreensível* (*intachable*) e *vida normal* (*ordenada*) de *trabalho*, o Código peruano (arts. 130 e 131) pede conduta que *justifique o favor*, no caso de reabilitação do condenado a pena de interdição, mas exige *conduta irrepreensível*, para cancelamento da condenação no registro judicial, possível dez anos depois de cumprida uma pena de penitenciária ou de relegação. O projeto argentino de JOSÉ PEÇO (1941) inscreve a reabilitação judicial facultativa, em vez da reabilitação legal compulsória, fazendo-a depender de solicitação do condenado, quando houver observado *conduta que faça presumir* a sua emenda (art. 109). Argumenta o seu autor que a reabilitação não se outorga, assim, pela simples influência mirífica do tempo e ausência de rein-

*bom* comportamento está ao alcance de quase toda gente. O comportamento *exemplar* será virtude de poucos. O propósito do legislador, portanto, foi não embaraçar a reabilitação, com o impor uma condição que poucos estariam à altura de satisfazer.<sup>700</sup>

A atestação do proceder deve incluir fatos e atos da vida privada, não somente da vida pública. O antigo Código espanhol de 1928 requeria “boa conduta pública e privada” (art. 210, *in fine*). O de 1932 preferiu a expressão *boa conduta* (art. 121), como o de 1944 (art. 118) sem referência ao campo de sua manifestação, por considerá-la, naturalmente, supérflua.

Para o efeito visado, impraticável, mesmo, e inconveniente, dissociar da conduta pública a particular.<sup>701</sup> Em relação a numeroso grupo de crimes, como, por exemplo, os ofensivos dos costumes e os contra a família, releva apurar, justamente, a conduta privada do reabilitando. Imagine-se o *lovelace* a quem a justiça social houvesse tomado conta da

---

<sup>700</sup> “As expressões se equivalem — escreve, com acerto, OSMAN LOUREIRO (*Sobre a Reabilitação Penal*, em *O Direito Penal e o Código de 1940*, 1961, pág. 377) — e todas correm no sentido de se admitir que o requisito do procedimento, conquanto basilar, não demanda que atinja a um padrão de vida *exemplar*, que isto seria exigir-se do reabilitando mais do que o necessário para o estalão do *homo medius*, daquele, em conclusão, que concretiza os coeficientes necessários à vida em sociedade”.

<sup>701</sup> Não foi sem propósito que a lei modificativa do Código acrescentou ao “bom comportamento”, de que este cogitava, o duplo qualificativo de “público e privado”, palavra de ordem aos juizes para esmiuçarem, sob todos os aspectos, a vida do reabilitando.

---

cidência, o que não exclui nem a astúcia, nem a hipocrisia, em quem pretenda o benefício, mas pela observância de boa conduta e, sobretudo, pelas disposições para o trabalho, com o que se comprova a redenção moral do condenado. Ver JOSÉ PECO, *Proyecto de Código Penal*, ed. cit., pág. 202. O Projeto SOLER (1960), fugindo às expressões corriqueiras, estabelece, como condição, haver o condenado se “comportado corretamente” (art. 66).

sua perturbadora atividade, através de um só dos muitos episódios, pleiteando, depois de quitado, a sua reabilitação, a pretexto de bom comportamento, sem que se fosse examinar nesse comportamento, publicamente recomendável, o que porventura persistisse de inclinações, tendências e, talvez, atos inequívocos, no mesmo sentido impenitente de vida.

Pedindo que do bom comportamento fossem dadas *provas efetivas* (*provas efetivas e constantes*, diz o Código italiano) quis o antigo Código significar que o bom procedimento não se presume, por nenhuma circunstância ou elemento, mas, ao revés, deve ser compridamente evidenciado, como alguma coisa de objetivo, sobre que assente, fundadamente, uma conclusão. A essa luz, bom comportamento não é não fazer o que de mal possa ser tido, no consenso geral, mas fazer, sem preocupações interesseiras, o que de bom é havido, e de cuja prática a sociedade tem mister, para a consecução dos seus fins morais. Assim, não se compreenderia houvesse intervalos nesse proceder. Os altos e baixos de uma vida excluem o seu merecimento, para a reabilitação, como para tudo o mais, enfim. Não precisaria dizê-lo o Código, repetindo o legislador italiano. Bom comportamento, real e não suposto, permanente e não descontínuo. *Constância de boa conduta*, como está dito na Exposição de Motivos do Código. *Demonstração afetiva e constante de bom comportamento*, como o exige a lei de 1968, acrescentando, incisivamente, a *provas efetivas*, como era no Código, o qualificativo de constantes.

A imaginação dos que elaboram as doutrinas e as leis ainda não teve forças de conter, dentro de um corpo legal de noções e prêmios, o lado bom da conduta humana, como o Código dos crimes e das penas governa o lado mau. As múltiplas e imprevisíveis formas de atividade lícita, desde os atos mais singelos de simpatia e solidariedade, até aos mais complexos, por que se afirmam, na coletividade, os comportamentos de exceção, são irredutíveis a fórmulas e normas legais, de conteúdo predeterminado e predelimitado, onde fôssemos encontrar, para aplicação a cada caso concreto, a

idéia de boa ação, e a respectiva e proporcionada recompensa.<sup>702</sup>

Se fatores pessoais e ambientais explicam, combinados, a conduta humana, variando, em tanta forma e porção, nas equações individuais, também a apreciação desse comportamento depende, para cada indivíduo, do critério dos outros, seus concorrentes na luta pela vida. Não é de estranhar, assim, que instintos, tendências, afinidades, complexos, preconceitos, predileções, simpatias, o que mais seja, toda a textura superficial e profunda de nós mesmos, se movimente e articule, determinando, e quantas vezes infirmando a nossa sentença.

Aos imponderáveis da conduta humana ajuntam-se, pois, os insondáveis do critério individual, quando do seu exame e julgamento. O resultado é a cópia das dificuldades que acometem o juiz, toda vez que a lei lhe confia, fora de conceitos ou princípios que haja prefixado, o voto sobre o bom ou mau comportamento, decisivo para conseqüências jurídicas.

Em semelhante contingência, para deferir a reabilitação aos criminosos possuidores de bom comportamento, convenhamos em que os atestados de conduta, quase uniformes, pelos clássicos modelos de “idoneidade moral” ou “nada constar que desabone” o requerente, são ainda um sistema empírico, acessível aos protecionismos de todo gênero, mas já simplificam, de alguma sorte, a tarefa do juiz.

Em suma, na falta de definição legal, que o Cód. do Processo busca suprir, com as formalidades estabelecidas para a prova do bom procedimento, não abandonemos a lição de SEBASTIÁN SOLER, encarando a conduta, como regra individual de vida dentro das penitenciárias, na sua tríplice expressão de “trabalho, educação e disciplina”.<sup>703</sup> Também

---

<sup>702</sup> Ver, a propósito, em DORADO MONTERO, *Natureza y Función del Derecho*, Madri, 1927, págs. 163 e segs., interessante estudo sobre o sonho de um “direito premial”, oposto, rigorosamente, ao direito penal, a cujo princípio clássico *nullum crimen, nulla poena sine lege* corresponderia o *nullum meritum sine lege*.

<sup>703</sup> SEBASTIÁN SOLER, ob., vol. e ed. cit., 1940, pág. 388, n.º 22.

para o egresso, boa conduta é a posse dessas virtudes, porque o oposto delas engendra e entretém o indesejável na sociedade, cuja reabilitação não interessa.

179. Na ordem legal, o último dos requisitos para a reabilitação é o ressarcimento do dano causado pelo crime. Não se trata de condição absoluta; atestada a impossibilidade de o reabilitando reparar o prejuízo, por seu estado de insolvente, a reabilitação é deferida, sem a condição. A ressalva visa a que não seja estorvado o reajustamento social do criminoso pobre, só porque, sendo pobre, não pode preencher umas das exigências da lei.<sup>704</sup>

Não é legítima uma condição cujo preenchimento supera a vontade ou o esforço do indivíduo, a quem incumbe, para benefício. Impor uma condição sabidamente a quem das posses de numerosos indivíduos, capazes, no entanto, por atuação ou predicados próprios, de satisfazerem os demais requisitos, seria, ainda, burlar os objetivos da reabilitação, em que não deve haver preferência pelo condenado abonado, sobre o pobre. A situação econômica não dá nem tira a ninguém o merecimento das ações, e se, nesta altura, não influi para a aplicação da pena, não servirá, logicamente, de privilégio para a reabilitação social dos criminosos.

Como a escusa, entretanto, pode conduzir a abusos, lesivos, afinal, de interesses respeitáveis, como são os da vítima do delito, andam avisados os Códigos, determinando a prova da impossibilidade efetiva, ao reabilitando, de ressarcir o dano.<sup>705</sup> Não convence, pois, a alegação; é mister

---

<sup>704</sup> As fórmulas dos vários Códigos indicam esse pensamento do legislador. "Na medida das posses do condenado", é expressão comum aos Códigos espanhol, art. 121 (*encuanto les fuere posible*), e suíço, art. 78 (*autant qu'on pouvait l'attendre de lui*). *Salvo se demonstrar encontrar-se na impossibilidade de as cumprir* (as obrigações civis oriundas do crime), é a fórmula do Código italiano, art. 179, *in fine*. "Se reparou, quanto lhe foi possível, o dano reconhecido na sentença", estipula o Código peruano, art. 130.

<sup>705</sup> A um reabilitando, que cumpriu a pena do art. 267 da antiga Consolidação das Leis Penais, mas não satisfaz a obrigação do *dote*



demonstrar-se, pelos meios razoáveis de prova, que a não-reparação civil é imposição inelutável das circunstâncias.<sup>706</sup> Dessarte, se tais circunstâncias, patentes na época do crime, surgem modificadas ao tempo da reabilitação, sendo outras, agora, as disponibilidades do reabilitando, não lhe é lícito socorrer-se da penúria passada para fugir ao dever da indenização. Prevendo prováveis surtos de sofisticaria, é que o Código de Proc. Penal, mais explícito, ainda, no particular, do que o antigo Cód. Penal, ordena a prova de *persistir a impossibilidade do ressarcimento*.<sup>707</sup> Em última análise, a insolvabilidade impeditiva da reabilitação é a momentânea do pedido, e não a contemporânea do crime, ou de qualquer fase do processo ou da execução da pena. É essa uma regra de equidade: favorece aos que são pobres, e não aproveita aos que se tornaram ricos.

Do exposto, enquanto as outras condições levam tempo até que sejam preenchidas, a do ressarcimento pode ser satisfeita na mesma data do pedido. Não cogita a lei senão que deve anteceder a este, como condição prévia, que é. A ocasião

---

<sup>706</sup> No processo francês, entre as circunstâncias que devem constar, por atestados das autoridades comunais, para o deferimento da reabilitação, sobressai a dos *meios de vida* do reabilitando, durante o estágio para o pedido. Essa documentação apresenta dupla utilidade: robustece ou enfraquece, dada a natureza das ocupações, ou, mesmo, a sua inexistência, a prova de conduta, e oferece, ao mesmo tempo, uma impressão da verdadeira situação econômica do reabilitando, para contrastar a sua pretendida insolvabilidade.

<sup>707</sup> Cód. de Proc. Penal, art. 744. O requerimento será instruído com: “V, prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime, ou *persistir a impossibilidade de fazê-lo*”.

---

à ofendida, alegando estar prescrito, *ex vi legis*, o direito desta reclamar a reparação, negou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal a reabilitação, sob o fundamento de que o requerente não ressarcira o dano, nem comprovara, pelos meios regulares, a impossibilidade de o fazer, persistindo o direito da ofendida a essa reparação, visto que não se trata de prescrição penal de ação ou condenação, mas de prescrição civil, regulada pelo Cód. Civil (*Arq. Judiciário*, 1943, vol. 65, pág. 325).

em que tenha sido realizada é de interesse secundário. Assim, o prazo após o cumprimento da pena, indispensável ao pedido de reabilitação, não fica à mercê da satisfação do dano civil. Começa a correr desde o dia em que a pena foi extinta, seja insolvível, ou não, a obrigação. Assim também a conduta do reabilitando, durante esse tempo, pode afirmar-se *boa*, para os efeitos da reabilitação, sem que tenha sido ressarcido o dano, já apurado, ainda que sobrem, para isso, os recursos.

O devido esclarecimento desses pontos evitará transtornos ou empecilhos descabidos à concessão do benefício. Tenha-se em vista, sobretudo, que a lei não quer, nem deve proteger, contra o interesse dos prejudicados pelo crime, os propósitos desonestos de delinquentes matreiros no sacrifício das suas vítimas, à custa do engodo da justiça.

180. As normas reguladoras da indenização por condenação penal são as de direito civil; a obrigatoriedade e o volume do ressarcimento não são, portanto, para discutir no ensejo da reabilitação.

Em consequência, ainda, a quantia a ser paga pelo reabilitando não é a que tenha estimado, por sua conta, nem a pleiteada, pela parte credora, mas aquela que houver sido fixada judicialmente. Dispõe o Cód. Penal (art. 74) que um dos efeitos da condenação é “tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime”. Para esse efeito, faz-se no juízo cível a execução da sentença penal condenatória (Cód. de Proc. Penal, art. 63). Não querendo a parte interessada no ressarcimento aguardar o veredicto penal, poderá propor a ação civil competente (art. 64 do Cód. de Proc. Penal). Em qualquer hipótese, a indenização a que o reabilitando está obrigado é a que houver sido calculada judicialmente, nem mais, nem menos.

A prova regular do preenchimento da condição, por conseguinte, é o documento de que foi pago o total devido, principal, juros e custas.

Mas não se pode vedar à parte credora perdoar ao devedor, ou com ele transigir. A ação penal pública prosse-

gue, sem embargo do concerto entre as partes, nas obrigações nascidas de delito, é o princípio dominante no direito civil brasileiro.<sup>708</sup> Dele, porém, não se infere que, atendida já, a exigência punitiva do Estado, nos crimes de ação pública, não possa o ex-condenado entender-se com o seu credor sobre o ressarcimento do dano, pelo modo que a ambos aprouver.<sup>709</sup> Assim, qualquer documento que indique, de maneira iniludível, a satisfação do compromisso, pelo reabilitando, é prova hábil de estar cumprida a condição.

A renúncia, completa ou apenas parcial, será uma das formas de transação. Mas deve ser sempre por ato expresso, proporcionando ao reabilitando uma prova que não de indício, ou presunção. No caso de desistência parcial, somente estaria preenchida a condição se apresentada a prova do pagamento de uma parte da indenização e da dispensa formal da parte restante, salvo se o recebimento fosse dito por saldo. Conclui-se que para equivaler ao efetivo ressarcimento, requisito da reabilitação penal, só a prova de renúncia expressa do indenizando, ou a de prescrição da dívida, pelas regras civis.<sup>710</sup>

Nem todas as transigências, porém, da parte credora deverão ser toleradas, para o fim de ficar livre da condição

---

<sup>708</sup> Cód. Civil, art. 1.033: "A transação concernente a obrigações resultantes de delito não perime a ação penal da justiça pública".

<sup>709</sup> O Código suíço refere-se a dano fixado judicialmente, *ou por acordo com a parte lesada* (art. 60). A transação das partes não seria permissível se a indenização, entre nós, fosse uma pena, como é no México, em cujo Código, a multa e a reparação civil integram uma das sanções penais, a *sanção pecuniária*. Por isso mesmo, a indenização pelo crime é, ali, insuscetível de composição entre os particulares, revertendo a respectiva importância ao Estado, se o ofendido, não obstante, renunciar ao recebimento (art. 35, inc. 3).

<sup>710</sup> Permitida, no direito francês, a execução por meio de prisão do devedor (*contrainte par corps*) das condenações à indenização do dano resultante do crime (art. 52, Cód. Penal, lei de 22 de julho de 1867), é equiparado ao ressarcimento, para os efeitos da reabilitação, o fato de haver o reabilitando sofrido a prisão pelo não-pagamento, ou de haver a parte lesada renunciado a esse meio de execução (art. 624, n.º 2, do Cód. de Instrução Criminal).

do ressarcimento o reabilitando. Pela renúncia, sob qualquer das modalidades figuradas, a obrigação é como extinta, preenchendo-se, assim, o requisito. Mas se o reabilitando houver assentado com a vítima do crime, ou os seus sucessores, a paga, por exemplo, em prestações, é óbvio que a obrigação continua, apenas dilatada no tempo, para redução paulatina, e somente depois de entregue a última quantia é que a reabilitação pode ser solicitada.

Novada a obrigação, sem mudança, entretanto, das partes, também não se dirá ressarcido o dano, para os efeitos da reabilitação penal, embora, à luz dos preceitos civis, a primeira obrigação seja como extinta. A alteração consumada não representa, afinal, mais do que uma substituição de compromisso, e não é a isso, naturalmente, que a lei penal visa, quando institui requisito da reabilitação o ressarcimento do dano.

Já o mesmo efeito não seria justo atribuir à novação, quando dela resulte quitação ao reabilitando, por lhe haver sucedido outro devedor, ou por haver variado o credor. Em qualquer das alternativas, nenhum dos figurantes na obrigação renovada está preso ao outro pelo laço moral e jurídico de ofensor e vítima. A quitação deve equivaler, legitimamente, à condição do ressarcimento.<sup>711</sup>

Por outro lado, ao credor não se deve consentir que protele, a seu prazer, a data do pedido de reabilitação, como seria, opondo-se, sob qualquer pretexto, a receber a indenização, ou embarçando o pagamento, com evasivas ou obstáculos de toda sorte, *v. g.*, a demora em lugar não sabido.<sup>712</sup> Em tal emergência, a alegação do fato, ou, mesmo, a sua

---

<sup>711</sup> A lei n.º 5.467 contém sobre a condição de ressarcimento do dano a seguinte explícita disposição: "tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer até o dia do pedido ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida".

<sup>712</sup> A lei civil brasileira prevê várias hipóteses dessa natureza (art. 973), ficando ao devedor a faculdade de recorrer ao pagamento, em consignação. O Cód. de Instrução Criminal francês (art. 624, n.º 6) dá à parte lesada, que não foi encontrada, ou que se recusa

prova, expondo uma situação de impossibilidade material do ressarcimento, não deve valer, contudo, pela comprovação deste. A notificação judicial, e, na hipótese de desatendida, o depósito judicial da quantia correspondente à indenização, seriam providências aconselháveis, representando o depósito, afinal, o ressarcimento, para que não sofra injusto retardo a reabilitação.

Outros pontos ainda restam, para apreciação, como, sem maiores enumerações, o do ressarcimento quando diversas as sentenças penais, e quando for solidária a obrigação civil, consequência da co-participação no crime.

Resolve-se o primeiro pelo estender a todas as condenações pronunciadas a obrigatoriedade da reparação do dano, para que o ressarcimento se tenha por efetivado. Não basta, portanto, a prova desse ressarcimento, quanto a uma pena. Desnecessário insistir, sabido que a reabilitação abrange as penas no total, não sendo de deferir para uma delas, se alguma ainda não estiver cumprida. Subsistindo a dívida civil com respeito a uma das condenações, falta, para a reabilitação referente a esta, o requisito legal do ressarcimento, e certo que, em pluralidade de penas, a reabilitação só se defere ao conjunto, tolhido está o condenado de pleitear o benefício para uma só, a cuja obrigação de indenização civil atendeu.

Pelas regras que regem a solidariedade passiva nas obrigações civis, o reabilitando, para que a condição do ressarcimento esteja preenchida, é compelido a satisfazer a obrigação, *in totum*. É inegável o embaraço que isso lhe causa à obtenção do benefício, a despeito do direito reversível que lhe assistiria contra os co-devedores. Ao legislador penal brasileiro não ocorreu abrir uma exceção, que se impunha, qual a de limitar a responsabilidade do reabilitando à quota que, para os efeitos da reabilitação, lhe fosse marcada, igual, naturalmente, às partes que aos demais coobrigados corresponderiam, se levada a termo a divisão. Porque, se não é razoável

---

a receber a indenização, o prazo de cinco anos para levantar a quantia depositada, sob pena de reversão ao reabilitando. É uma prescrição *sui generis*.

coagir a estes para a imediata liquidação do débito, de que outrem tiraria a vantagem, não é justo, também, dificultar o deferimento da reabilitação, com o constranger o reabilitando a saldar integralmente a obrigação, caso o credor não renuncie a solidariedade em seu favor (art. 912 do Cód. Civil) ou não concorde em dele receber pagamento parcial (art. 904).

Demonstra-se, assim, o acerto da providência recomendada, para casos tais, pelo Cód. de Instrução Criminal francês (art. 624, n.º 5), consistente na fixação da parte de responsabilidade do reabilitando e ressarcimento dessa parte. A mesma solução conduz a norma genérica do Cód. Penal espanhol (arts. 108 e 109), mandando calcular, judicialmente, quando da pluralidade de obrigados à indenização civil, a quantia por que deva cada um responder, sem quebra da responsabilidade solidária entre eles, pelas respectivas quotas, e subsidiária, pelas quotas dos outros co-devedores — cúmplices ou receptadores do crime.

No direito brasileiro, o velho Cód. Penal, determinando que a obrigação de indenizar o dano fosse regulada pelo direito civil (art. 70), firmava, não obstante, o princípio da solidariedade da obrigação, “havendo mais de um condenado pelo mesmo crime” (art. 69, parág. único). O Cód. Civil, posteriormente, confirmou o princípio da responsabilidade civil independente da criminal (art. 1.525) e o da solidariedade pela reparação do dano, “se tiver mais de um autor a ofensa” (art. 1.518 e parág. único). A vista desses preceitos é que se terá de considerar a posição do ex-condenado, solidariamente responsável pela indenização do dano civil, e impetrante da reabilitação penal, de que um dos requisitos é o ressarcimento do mesmo dano. Pagar a parte que lhe coubesse, para efeito, somente, de preencher essa condição para a reabilitação penal, ainda que continuasse a existir, no campo civil, a sua responsabilidade pelo restante da indenização, exigível, portanto, pelo credor, seria a solução sábia, e é de desejar que os nossos tribunais sigam nesse rumo. <sup>713</sup>

---

<sup>713</sup> Ver, in *Repertório de Jurisprudência do Código Penal*, de VALENTIM ALVES DA SILVA, ed. cit., pág. 685, extrato de “razões” do



Tais questões, em torno da reparação do dano civil, evidenciam a delicadeza que envolverá, muitas vezes, a verificação desse requisito. Convém que os juízes, examinando a matéria, não esqueçam que, se a indenização civil é um direito da vítima do crime e um dever do condenado, também direito deste é voltar ao meio social, e dever da sociedade dar-lhe a reabilitação, uma vez realizadas as condições de lei.

181. Satisfeitas as condições, está o condenado apto a formular o requerimento da reabilitação. Pelo disposto na nossa lei processual, o único requisito do pedido é a indicação das comarcas em que o requerente residiu, durante o estágio para a reabilitação. O mais são elementos de instrução do pedido, comprovantes do preenchimento das condições: prova de bom comportamento e do ressarcimento do dano civil ou da impossibilidade de fazê-lo.

Mas é claro que o pedido precisa conter, por documento, alguma coisa mais, que elucide o juiz sobre a procedência do requerido. Faz-se mister, principalmente, a juntada do teor da condenação e da prova da data do cumprimento da pena ou da sua extinção, por qualquer causa, afora outras informações sobre a natureza e circunstâncias do crime, que possam orientar a decisão.

Silenciando sobre a exigibilidade de tais elementos, o Código tornou, naturalmente, facultativa a sua apresentação, do que, afinal, não advirá prejuízo, consentido, como é, ao juiz converter o julgamento em diligência, para os esclarecimentos que lhe pareçam necessários.

182. O pedido de reabilitação é ato eminentemente pessoal, exercido, por isso, pelo condenado, e intransferível, em razão disso, a outrem, ainda que parente ou herdeiro. Daí decorre que, falecendo o condenado antes do requerimento, a ninguém caberá fazê-lo, nem mesmo aos seus sucessores.

---

então promotor público MÁRCIO MARTINS FERREIRA, em que o tema é considerado com simpatia.

A reabilitação, nesse caso, seria reabilitação da memória; compreende-se, quando proveniente de revisão do processo, em que se apurou a inocência do condenado. Firmado que a reabilitação só produz efeitos para o futuro, não restabelecendo o que, no passado, em virtude da pena, esteve suspenso ou vedado, que utilidade haveria em *reabilitar* o morto, para um impossível exercício de direitos? Por essa razão, mesmo sobrevivendo a morte no curso do processo de reabilitação, em qualquer fase, não compete aos herdeiros ultimarem o feito.

São discrepantes, porém, os pareceres dos doutos. GARRAUD aceita a reabilitação do morto, argumentando, dentro do direito francês, que, uma vez que apaga a própria condenação, pode a reabilitação ser pleiteada pelos herdeiros do condenado. Convenhamos, apesar da autoridade desse parecer, em que a reabilitação, a esta altura, não produziria efeitos senão de ordem moral, porque absolutamente impraticável o a que ela visa, isto é, recolocar o reabilitado no seu estado anterior à condenação, para exercer novamente os seus direitos públicos e privados, em igualdade com os seus semelhantes.<sup>714</sup>

Reabilitar o morto seria, assim, uma inutilidade, o que já não acontece, está visto, com a reabilitação do *inocente*, embora morto. Porque a reabilitação, aqui, é consequência

---

<sup>714</sup> GARRAUD, *Traité*, vol. e ed. cit., pág. 652, n.º 775, nota 4, *in fine*. No direito francês, o *Cód. de Inst. Criminelle* (antigo art. 628, *in fine*, leis de abril de 1915 e de março de 1919) previu a *reabilitação* de condenado convocado para serviço de guerra e morto em combate, ou em consequência de ferimentos ou doenças, contraídos ou agravados quando combatente ou prisioneiro, hipótese em que a faculdade de solicitar a reabilitação pertencia ao seu cônjuge, ascendentes, descendentes, ou aos ministros da Guerra ou da Marinha. Essa concessão especial, que traduzia menos uma reabilitação simples, para efeitos ordinários, do que o reconhecimento póstumo de serviços prestados à Pátria, assim como um galardão *post mortem*, revigorava, à vista, ainda, das formalidades processuais para a reabilitação, a impressão de que só o condenado vivo podia ser reabilitado, devendo cessar, consequentemente, a instância, se ao pedido sobreviesse a morte do requerente. Atualmente, a reabilitação depois de morto o condenado é preceito de ordem geral, cabendo ao cônjuge, aos

de revisão do processo, que desvende o erro ou a injustiça do julgamento, e isenta, por isso, de culpa o indivíduo, sobre quem se lançara o labéu de criminoso. É uma reparação moral, para os efeitos também materiais, e nela devem ter empenho os continuadores e portadores do nome do reabilitado, agora limpo da mancha imerecida.

A maneira de o Código processual dispor sobre a revisão criminal e sobre a reabilitação convence da impossibilidade, entre nós, da reabilitação da memória, ainda que o condenado, cumprida ou extinta a sua pena, tenha formulado em vida o pedido.<sup>715</sup>

183. No § 2.º do artigo consigna a lei duas restrições à prática da reabilitação.

Diz respeito a primeira aos indivíduos de periculosidade presumida, assim definidos pelos incs. I, II, III e V do art. 78 do Código. São preliminarmente, os isentos de pena, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 22) ou aqueles que, nas mesmas condições de desenvolvimento mental ou em razão de perturbação da saúde mental, terão facultativamente reduzida de um a dois terços a pena em que houverem incorrido (Parág. único do art. 22). Além desses, os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez, e os condenados por

---

<sup>715</sup> No capítulo concernente à reabilitação (arts. 743 a 750), o código silencia sobre a ocorrência da morte do reabilitando, ao passo que no capítulo regulando a revisão criminal (arts. 621 a 631) prevê expressamente a hipótese, para firmar, no art. 623, que a revisão *poderá ser pedida*, “no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, e no art. 631, que, falecendo no curso da revisão “a pessoa, cuja condenação tiver de ser revista, o presidente do Tribunal nomeará curador para a defesa”.

---

ascendentes ou descendentes, continuarem ou promoverem a instância, mas dentro de um ano a contar do dia do falecimento (art. 621, Ordenação de 13 de agosto de 1945). Ver *Code de Inst. Criminelle*, ed. e loc. cit.

crimes cometidos na qualidade de filiados a associação, bando ou quadrilha de malfetores. Procede, sem dúvida, a exceção, qualquer que seja o motivo. A lei admite, entretanto, que se faça prova, contanto que cabal, elidindo a presunção de periculosidade.

Concerne a outra restrição à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela ou autoridade marital, se imposta por crime contra os costumes, cometido pelo condenado em detrimento de filho, tutelado ou curatelado ou por crime de lenocínio. Tais interdições de direito, por sua natureza especial, e em vista da índole e circunstâncias do crime de que resultaram, não podem ser objeto de reabilitação, abrindo-se, assim, exceção, justificada, à regra geral.

Por força do anteriormente disposto no Código, incidem elas *permanentemente* sobre o condenado por crime de que resulta evidente a incompatibilidade com o exercício de qualquer dos mencionados direitos, <sup>716</sup> e, *temporariamente*, nos casos em que essa circunstância não se manifeste.

Ao efeito duradouro da interdição corresponde, razoavelmente, a impossibilidade da reabilitação do condenado em crime contra os costumes cometido em detrimento de filho, tutelado ou curatelado, ou em crime de lenocínio. Patenteia-se o cuidado do legislador em não anular, no capítulo da reabilitação, o que sabiamente decretou, no capítulo das interdições.

A gravidade excepcional dos crimes contra os costumes, quando no agente concorre a qualidade de pai, tutor, ou curador da vítima, e do crime de lenocínio, justifica cabalmente a restrição criada pelo Código, dispensando o comentador de maiores explanações em seu apoio. <sup>717</sup>

<sup>716</sup> Cód. Penal Brasileiro, art. 69, ns. II e III, e parág. único, n.º II, letra *a* e n.º III, letra *a*.

<sup>717</sup> Pelo art. 225, n.º II, a ação penal, que é pública nos crimes de lenocínio e de ultraje público ao pudor, e privada nos demais crimes contra os costumes (tít. VI, caps. I a III), torna-se, também, pública nestes quando cometido o crime com *abuso do pátrio poder ou da qualidade* de padrasto, tutor ou curador. Pelo art. 226, n.º II, a pena é acrescida da quarta parte se o delinqüente é *ascendente*,

Note-se, no entanto, que não é pacífico o entendimento doutrinário sobre a legitimidade da exceção que o Código abriu e a lei n.º 5.467 respeitou. O argumento em contrário, que encontramos desenvolvido por OSMAN LOUREIRO, invocando BASILEU GARCIA, é que, sendo de caráter permanente tais incompatibilidades, *ex vi* do disposto no art. 69 do Cód. Penal, e ocorrendo que são imprescritíveis, por força do art. 118, parág. único, as penas acessórias, em cujo número as de que se cogita, aquela proibição acarretaria, afinal, o reconhecimento de uma perenidade, que contravém à norma constitucional vedando as “penas perpétuas”, e decerto não relativa somente às penas privativas da liberdade.

O anteprojeto NÉLSON HUNGRIA, não sabemos se sensível a essa arguição, omitiu a ressalva, despertando, por isso, o reparo de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, francamente favorável a que os condenados em interdições que tais fiquem *para sempre* impossibilitados do exercício do direito de que foram privados, dada a natureza especial do crime que cometeram. Do mesmo parecer é MAGALHÃES NORONHA, louvando a insistência, no particular, da lei n.º 5.467, cujas prescrições, aliás, aplaude, na generalidade. <sup>718</sup>

Enfim, consignando, agora, que a reabilitação não levanta a interdição da autoridade marital quando responsável o marido por delito de lenocínio, em geral, e não somente em relação à própria mulher, como no Código de 1940, seguiu a lei de 1968 uma orientação que se ajusta aos projetos brasileiros anteriores, que assim dispunham. <sup>719</sup>

---

<sup>718</sup> Ver OSMAN LOUREIRO, ob. e ed. cit., pág. 398; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *A reforma da legislação penal*, loc. cit., pág. 43; MAGALHÃES NORONHA, ob. e vol. cit., 5.ª ed., 1968, págs. 386 a 390.

<sup>719</sup> Projeto ALCÂNTARA, art. 68: “Não tem direito à reabilitação: III, no que se refere a autoridade conjugal o *condenado por crime*

---

pai adotivo, padrasto, irmão, *tutor* ou *curador*, preceptor ou empregador da vítima, ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela. Assim, afora o caráter de ação pública e o aumento legal da pena, agrava-se a situação do réu, vedando-se-lhe a reabilitação, quando verificada a hipótese do § 2.º do art. 119.

184. A reabilitação, uma vez rejeitada, não pode ser novamente requerida, senão passados dois anos, é o que preceitua o novo § 3.º do art. 119. Não se esclarece se subsiste a exigência, qualquer que tenha sido o fundamento na recusa do pedido. A dúvida está, porém, solucionada pelo Cód. de Proc. Penal, quando dispõe que “indeferida a reabilitação, o condenado não poderá renovar o pedido senão após o decurso de dois anos, *salvo se o indeferimento tiver resultado de falta ou insuficiência de documentos*” (art. 749).

Combinadas as duas disposições, colhe-se que, entrando a decisão de indeferimento no mérito do pedido, a renovação deste dependerá do decurso de dois anos; mas se houver apenas considerado incompleta ou deficiente a documentação, nenhum prazo é exigido para o novo pedido. A distinção é fácil, correspondendo, como corresponde, a duas situações diversas: o despacho que nega pelo não-merecimento de quem pleiteia e o que nega por não comprovado esse merecimento. Não provado, por falta de documentos, ou insuficientes, os documentos, o que tudo, afinal, vem a ser deficiência de prova, quantitativa, ou qualificativa.

Mas a decisão que indefere pode ficar nas preliminares do caso, decretando, sem mais longo exame, a referida falta ou insuficiência de documentos; ou pode, conhecendo do mérito, indeferir, contudo, o pedido, por não haver sido inteiramente ou suficientemente provado o direito à reabilitação. São situações ainda diferentes: em relação àquela, não há dúvida de que para o novo pedido não corre prazo. Em relação à segunda hipótese, a mesma solução se impõe, *ex vi* da redação do texto processual, prevendo que o indeferimento resulte da falta ou insuficiência de documentos, o que faz supor uma decisão que desce, muitas vezes, à apreciação dos

---

*de lenocínio*”; projeto da Comissão Legislativa, art. 145, § 2.º: “O que decaiu do pátrio poder, da tutela ou da curatela, por haver carnalmente abusado de filha, tutelada ou curatelada, não se poderá reabilitar ao exercício dessas funções, *nem ao da chefia da sociedade conjugal o marido condenado por proxeneta*”; projeto SÁ PEREIRA, art. 163, § 2.º: “...nem ao da chefia da sociedade conjugal o *marido convencido de proxeneta*”.



elementos que lhe foram oferecidos, para, através desse exame, chegar àquela conclusão.

Uma das condições para a concessão da reabilitação é a *boa conduta* do reabilitando, que dela deve dar *provas efetivas* e constantes. Tais provas constarão de documentos, enumerados no Código processual, e de apresentação compulsória, dentre os quais a folha corrida criminal.

Um pedido instruído com os necessários documentos, exclusive, *v. g.*, a folha corrida, por negligência ou propósito, é passível de indeferimento, por *falta* de documentos, não importando apurar a causa. Dos atestados das autoridades policiais, juntos tantos quantas as comarcas em que o reabilitando residiu (art. 744, n.º II, do Cód. de Proc. Penal), silencia um sobre o seu bom comportamento. Indefere-se a reabilitação, por *insuficiência* da documentação. De modo que o *reabilitando* volta com a folha corrida, num caso, ou com atestado da mesma autoridade, explícito da sua conduta, noutro caso. Não há prazo para esse novo pedido, que não representa mais do que um preenchimento de formalidade. A decisão, com efeito, prendera-se, em ambas as hipóteses, à *preliminar da apreciação numérica dos documentos*, ou da sua conformidade com os requisitos legais. Não os encarou, sob outros aspectos, menos superficiais, comparando-os ou contraditando-os com outros elementos, havidos como irrefragáveis, ou simplesmente a eles recusando fé, para, em razão de uma das duas alternativas, acabar pela negativa do pedido. Isto seria decidir sobre o merecimento, obrigando o interessado ao prazo de lei, para repetir a pretensão, mas, com isso, determinando, algumas vezes, constrangimento injustificado.

Haja vista que entre os requisitos para a concessão do benefício está o de ressarcimento do dano civil. A decisão contrária à reabilitação, sob pretexto de não estar satisfeito, na forma devida, o dano resultante do crime, revestido embora de autenticidade o documento juntado para prova, é decisão sobre o mérito do pedido. Assim também, aquela que, reunidas todas as atestações de boa conduta, a elas contra-

põe argumentos ou fatos, ou documentos, que eliminam esse predicado da conduta. Frente a um ou outro dos despachos, não é justo que espere ainda dois anos para novo pedido o reabilitando que liquidar a indenização nos termos em que, pela decisão, deveria ter feito, ou que estiver pronto a desmanchar a impressão de má conduta, com documentos, fatos, ou argumentos dirigidos diretamente a invalidar aqueles sobre que a decisão descansara.<sup>720</sup> Essas hipóteses, de possível verificação com a prática do Código, convencem do acerto de não ser condicionada a prazo, ainda que breve, como o de um ano, estabelecido no México,<sup>721</sup> a apresentação de novo requerimento, vedada, naturalmente, dentro de período razoável, a reiteração de pedidos. A melhor orientação, em última análise, é deixar ao juiz arbítrio para, em cada caso, fixar, ou não, prazo ao novo pedido.<sup>722</sup>

---

<sup>720</sup> O Cód. de Instrução Criminal francês (art. 632) também estabelece prazo, sem cogitar do fundamento do despacho que indeferiu o benefício. Uma das condições para a reabilitação, no direito francês, era a residência do reabilitando no mesmo lugar, durante cinco anos antes do pedido; aconteceu, então, que um impetrante somente possuía quatro anos de residência, e por isso o seu requerimento foi rejeitado. Continuou domiciliado no mesmo lugar, e aí completou os cinco anos de lei. Deveria esperar ainda um ano, para endereçar novo pedido? Decidiu a justiça que não, dispensando, pois, o prazo, por entender que o indeferimento não conhecera do mérito. Mas em face dos dispositivos brasileiros, será que esse indeferimento teria resultado de falta ou insuficiência de documentos, se, na ocasião do pedido, o que faltava ao reabilitando era um dos *requisitos legais* para a *reabilitação*? Evidentemente, o que o nosso legislador quer dizer é que, negada a reabilitação, por não merecê-la o impetrante, o pedido, para ser renovado, depende do decurso de dois anos. Negada por não preenchidas, ainda, as condições, não se deliberou sobre se o condenado merece, ou não, o benefício, e, assim, não há prazo para o segundo pedido.

<sup>721</sup> Ver RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, ob. e ed. cit., pág. 391.

<sup>722</sup> O projeto ALCÂNTARA MACHADO preferia o sistema do arbítrio judicial na fixação do prazo, quando o indeferimento do primeiro pedido fosse "por não estar provado algum dos requisitos legais" (art. 67, § 3.º). A fórmula é mais clara do que a do Código processual.

*Art. 120. A reabilitação será revogada de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, se a pessoa reabilitada for condenada, por decisão definitiva, ao cumprimento de pena privativa da liberdade.*

*Parágrafo único. Os prazos para o pedido de reabilitação serão contados em dobro no caso de reincidência (Lei n.º 5.467, de 5 de julho de 1968).*

**DIREITO COMPARADO.** *Códigos:* espanhol, art. 118, *in fine*; etíope, art. 247; italiano, art. 180.

#### COMENTÁRIO

**SUMÁRIO:** 185. Revogabilidade da reincidência. 186. Reabilitando reincidente. 187. Renovação da reabilitação.

**185.** O presente artigo, com a redação que lhe acaba de dar a lei n.º 5.467, contém, de início, duas regras, uma, de fundo, a de que, sobrevindo condenação irrecorrível a pena privativa de liberdade, opera-se a revogação da reabilitação, e outra, de forma, a de que a decretação da medida se faz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, o que bem acentua o interesse público de que se reveste. A última determinação, aliás, foi tomada, como é óbvio, ao Cód. de Proc. Penal (art. 750).

Em seu parág. único, assenta o artigo que os prazos para o pedido de reabilitação serão contados em dobro no caso de reincidência. No Código, o preceito estava inserto na disposição em que se configurava a reabilitação, inclusive estabelecendo-se os respectivos requisitos. É certo que essa colocação era tecnicamente perfeita. Pelo texto da lei modificativa, a regra da duplicação de prazo para o pedido de reabilitação de um reincidente está contemplada na parte em que se dispõe sobre a revogação da reabilitação por força de reincidência. Ainda que possamos considerar afins os assuntos, o certo é

que prazo para requerer-se a reabilitação é *requisito*, quer se trate, ou não, de delinqüente primário.

A revogabilidade da reabilitação, que o projeto SÁ PEREIRA denominava de *perempção* da reabilitação,<sup>723</sup> é justa. A irrevogabilidade da medida é princípio incompatível com uma justiça penal firmada na defesa da coletividade e na regeneração do culpado. A prática de novo crime desmente os propósitos de emenda do ex-condenado e põe a descoberto a sua nocividade social. Urgem providências que resguardestem a sociedade, contra o malfeitor, e uma é a imediata revogação do benefício, a fim de a condenação retomar a plenitude dos seus efeitos.

Para essa consequência não há, ao contrário de outros Códigos, limite de tempo.<sup>724</sup> Mas é preciso que a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Assim, o que invalida a reabilitação não é, propriamente, a prática do crime, mas a condenação, quando definitiva. De modo que a reabilitação continua produzindo todos os efeitos até ao dia em que a condenação se torna irretratável. Findo o processo penal, pela absolvição do acusado ou por qualquer causa, a reabilitação está de pé.

A orientação do Código nesse ponto afigura-se mais ponderada que a do Código italiano. A julgar literalmente pelo que neste está expresso, bastaria a prática do crime.<sup>725</sup>

Por outro lado, nem todas as condenações supervenientes trazem tão importante resultado. Só a condenação à pena privativa da liberdade, eximindo-se, todavia, o legislador de fixar condição de espécie ou tempo da pena. E como os crimes culposos, não somente os dolosos, são puníveis, no Código,

---

<sup>723</sup> Projeto SÁ PEREIRA, art. 165: "Perime a reabilitação e não poderá repetir-se quando em nova pena privativa da liberdade incorrer o reabilitado".

<sup>724</sup> Pelo Código italiano, o novo crime deve ser cometido dentro de cinco anos da concessão da reabilitação (art. 180).

<sup>725</sup> Código italiano, art. 180: "A sentença da reabilitação é revogada de direito se a pessoa reabilitada cometer dentro de cinco anos um delito não-culposos, a que se aplique a pena da reclusão por um tempo não inferior a três anos, ou uma outra pena mais grave".

com sanção restritiva da liberdade, conclui-se que a nova condenação por crime culposo desfaz a reabilitação, embora concedida sobre pena por crime doloso. Nos Códigos espanhol e cubano, aliás, a condenação posterior, para operar o restabelecimento da nota penal nos assentos judiciais do indivíduo, deve ser por delito compreendido no mesmo título da infração anterior.

Em suma, o Código de 1940 determinou, em seu art. 120, que, **revogada a reabilitação, não mais poderia ser concedida.** A lei de 1968 omitiu a ressalva.

186. Pelo disposto no parág. único do art. 120, admite-se a reabilitação do reincidente, verificados os mesmos requisitos, apenas dobrado o prazo para o requerimento, que passa a ser de dez anos, contados, igualmente, do dia em que terminou a execução da pena ou em que esta foi, por qualquer modo, extinta.

O Código fixava em quatro anos o lapso para a concessão, em geral, da medida, duplicando-o no caso de reincidência. Seriam, então, oito anos. A lei, aumentando para cinco anos aquele período e mantendo a regra da contagem no dobro em se tratando de reincidentes, estabeleceu condição, na verdade, rigorosa.

O sistema de duplicação do prazo é o geralmente aceito.<sup>726</sup> Mas a matéria da reabilitação dos reincidentes é controvertida na doutrina, e sobre ela não estão acordes os Códigos. Os de Cuba e da Espanha restringem o favor aos criminosos primários, sendo nesse ponto o Código espanhol ainda mais rigoroso do que o anterior, baixado pelo governo

---

<sup>726</sup> Código italiano, *cinco anos* para os delinquentes primários e *dez anos* para os reincidentes habituais, profissionais ou por tendência (art. 179). Cód. de Instrução Criminal francês, *cinco e três anos* para os condenados, respectivamente, por crime ou delito (art. 622), e *dez e seis anos*, para os reincidentes em crime, ou delito, respectivamente (art. 623, inc. II e III). Na Bélgica, também, é elevado de cinco para dez anos o prazo de verificação de boa conduta e de residência fixa, na reabilitação dos reincidentes (Ver em PRINS, ob. e ed. cit., pág. 528, n.º 947).

ditatorial, porquanto estende a proibição aos casos, também, de reiteração de delito.<sup>727</sup>

O parágrafo apenas menciona o condenado *reincidente*, sem pormenorizar se *genérica* ou *específica* a reincidência consoante as modalidades consagradas pelo Código (art. 46, § 1.º, ns. 1 e 2). Qualquer dúvida, porém, seria improcedente, pela circunstância, sobretudo, de haver a Exposição de Motivos do Código apontado entre os efeitos da reincidência, em qualquer de suas espécies, o de duplicar o prazo mínimo para o pedido de reabilitação.<sup>728</sup>

Formando ao lado dos que conferem ao reincidente o favor da reabilitação, serviu o Código a imperativos de justiça social e de política criminal: pelos objetivos da medida, nada impede a sua decretação para os que delinquem outra vez. O contrário seria estimular o prejuízo da incorrigibilidade dos reincidentes, e em justiça penal todo preconceito é um erro de perniciosas consequências.

---

<sup>727</sup> O Código espanhol de 1928 distinguia a *reincidência*, quando a condenação anterior e a posterior fossem por crimes compreendidos no mesmo título (art. 67, n.º 3), e a *reiteração*, quando o acusado houvesse sido anteriormente condenado por crime a que a lei impõe igual pena ou maior, ou por dois ou mais delitos a que assinale pena menor (art. 67, n.º 2). Pelo art. 210, era condição para a reabilitação não ser reincidente o ex-condenado, silenciando o Código sobre a *reiteração* de crimes. Apreciando a proibição expressa para os criminosos reincidentes e o silêncio quanto aos acusados de reiteração de crimes, concluiu CUELLO CALÓN (ob. e ed. cit., pág. 271) que estes últimos não estavam excluídos do benefício da reabilitação, porquanto a interpretação da lei penal é restritiva. O Código de 1932, desfazendo qualquer dúvida, impediu a reabilitação nos casos de reincidência e reiteração, declaradamente (art. 121). Por lei de 1952, que modificou o artigo do Cód. Penal relativo à reabilitação, foram admitidos ao benefício os que incorram em reincidência ou reiteração de crimes, pelo declarado fundamento de que excluí-los seria afirmar, de um lado, a impossibilidade da sua regeneração, o que "contraria os princípios cristãos", a presumir, de outro, uma perigosidade que nem sempre subsiste, sobretudo quando as duas condenações são distanciadas no tempo (Ver Cód. Penal — Ministério da Justiça, Madri, 1967, pág. 385).

<sup>728</sup> Cód. Penal, Exposição de Motivos, ed. cit., pág. XIX.



Se em relação à penalidade posterior estiverem cumpridos os requisitos legais, como negar a reabilitação, pelo simples motivo de não ser primária a condenação, criando-se, por esse meio, irremediável embaraço ao reajustamento social do criminoso, suprema finalidade da pena?

É natural, entretanto, que a lei agrave as condições para a reabilitação, em virtude da maior periculosidade dessa classe de reabilitandos. E, elevando o prazo para o pedido, o nosso Código dificulta, com isso, o preenchimento da condição da boa conduta. Porque o procedimento do reabilitando, a justificar o benefício, é o verificado durante o tempo de espera para o pedido. Para os reincidentes, sendo duplo esse tempo, mais longo se torna o período para a comprovação da boa conduta.

187. Ao contrário do Código, a lei não consagrou o princípio de que o reabilitado que pratica novo crime fica inibido de obter, depois da segunda condenação, a reabilitação.

A questão, duas soluções, preliminarmente, se oferecem, decorrendo, cada qual, da posição do observador, quanto às consequências, totais ou parciais, da reabilitação. Onde esta fizer desaparecer por completo a condenação, que por isso não se conta para efeito de reincidência, é lógico que o criminoso já uma vez reabilitado pode obter o benefício relativamente à segunda condenação.<sup>729</sup> É como se fora delinqüente primário. Onde, ao contrário, os efeitos da reabilitação não

---

<sup>729</sup> Em dissertação sobre a reincidência, com que concorreu a professor da Faculdade de Direito do Recife, GERVÁSIO FIORAVANTE sustentou não haver reincidência se a condenação anterior tiver sido objeto de uma reabilitação. "O reabilitado" — escrevia — "é, por força de uma sentença, reintegrado em todos os direitos que havia perdido, e colocado entre os seus concidadãos no mesmo pé em que se achava antes da condenação, como se o crime a ele imputado nunca tivesse existido". Dos efeitos anistiadores da infração, assim atribuídos à reabilitação, deriva, logicamente, o princípio da possibilidade de nova reabilitação a quem já foi uma vez reabilitado. *Da Reincidência no Código Penal* (Dissertação e teses apresentadas à Faculdade de Direito), Recife, 1896, pág. 18.

vão até desvanecer a condenação, que subsiste, para caracterizar a reincidência, o “reabilitado” que incorre em outra pena não é criminoso primário, e nova reabilitação, portanto, lhe será concedida, ou não, conforme o sistema seguido pelo Código, em relação aos reincidentes em geral. Salvo, bem entendido, dispositivo especial de lei, excetuando, formalmente, do favor os reincidentes já uma vez reabilitados. Uma proibição terminante nesse sentido existiu no Código espanhol de 1928 e mereceu o aplauso de CUELLO CALÓN, por lhe parecer que com a prática de novo crime desaparece a presunção da emenda e da capacidade de readaptação social do condenado.<sup>730</sup> Prende-se, assim, em definitivo, o destino do reabilitando reincidente à sua primeira condenação, objeto da reabilitação: o reabilitado de um dia, por suposta regeneração, revela-se, por novo crime, o incorrigível, sobre quem a sociedade se iludiu.

Embora não se possa dissociar do primeiro crime o segundo, como elementos valiosos para o julgamento de uma conduta individual, não devem, nunca, ser esquecidos os rumos incertos do comportamento humano, abrindo-se, muitas vezes, no vazio de sentimentos morais, a flor de realizações benéficas, consentâneas com a lei e coincidentes com o interesse social.

Um “reabilitado” que reincide dá de si o testemunho de que são inúteis os cuidados da sociedade em seu apoio e benefício. Mas nem por isso se deve desesperar de conseguir o ideal ainda inatingido.

A reabilitação, nestes casos extremos, não contraria a índole do instituto nem os postulados da política criminal. É ensejo com que ainda se acena para o criminoso, num último esforço pela sua redenção.

---

<sup>730</sup> Código espanhol de 1928, art. 210, *in fine*: “o reabilitado novamente condenado por delito não poderá ser outra vez reabilitado”. Ver, a propósito, CUELLO CALÓN, ob. e ed. cit., pág. 272.

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

## SEGUNDA PARTE

JORGE ALBERTO ROMEIRO



## TÍTULO VII

## DA AÇÃO PENAL

1. Prevendo ações e omissões contrárias à ordem jurídica, a lei penal delinea os crimes e as contravenções, fixando-lhes as penas e institutos afins, criando, assim, o *direito objetivo*.

Este atribui ao Estado o *poder jurídico de punir* os possíveis transgressores da lei penal, impondo, por essa forma, a obediência, o respeito à mesma lei.

Com a violação desta, porém, aquele *poder jurídico de punir*, que, indistinta e abstratamente, mira aos possíveis infratores da lei penal, se modifica em relação ao real infrator dela, transformando-se num poder, concreto, atual, efetivo de punir.

Esse poder concreto, atual, efetivo de punir de que goza o Estado e que nasce com a transgressão da lei penal, visando tão-somente ao seu transgressor, intitula-se *pretensão punitiva* (*Auspruch, pretesa punitiva, pretensión punitiva*).<sup>1</sup>

A fim de fazer valer a *pretensão punitiva*, ou melhor, de realizá-la em juízo, a lei institui um direito, o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional penal, que ela avaramente lhe reserva, a ponto de criminalizar a ação do particular que faz justiça por suas próprias mãos, excep-

---

<sup>1</sup> ALTAVILLA — *Pretesa punitiva e azione penale in Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1939, pág. 355. Veja-se, ainda, sobre o assunto: ANGELOTTI, *La pretesa giuridica* (Padova, 1932) e PALERMO, *Pretesa*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1966, vol. XIII, págs. 803/808.

cionando raríssimos casos, como, *in exemplis*, o da legítima defesa (veja-se o art. 345 do Código Penal).

É a esse direito público subjetivo de promover as condições destinadas a obter do juiz uma decisão sobre a realizabilidade da *pretensão punitiva* do Estado, derivada de um fato previsto pela lei como crime ou contravenção, que se denomina *ação penal*.

E é desse *direito de ação penal* que, assim como do *poder jurídico de punir* do Estado nasce a *pretensão punitiva*, também surge outra pretensão, a *pretensão persecutiva*, que diz respeito à realização de seu exercício.

Daí figurar a *ação penal* quer no Código Penal, quer no Código de Processo Penal.

No primeiro, como direito público subjetivo, mirando à realização da *pretensão punitiva* (*ius puniendi*); no segundo, relacionada com o seu exercício, atuando a *pretensão persecutiva* (*ius persequendi*).

2. A escola clássica não distinguia o *direito de ação penal* do *poder jurídico de punir*, nem da *pretensão punitiva*.

Para ela, tratava-se de uma só e mesma coisa.

Era a concepção da *ação penal* como elemento, imanência da norma penal substantiva, ou o próprio direito em movimento, haurida da velha máxima de CELSO: — *Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur*.

Rotulavam-na como relação jurídica resultante da violação da lei penal.

Estrugia na belicosa imaginação de UNGER, como o direito em pé de guerra, metido no *sagum*, que era o saiote de malha dos antigos guerreiros romanos.

3. A *ação* como um direito autônomo, independente de qualquer outro, conforme seu moderno conceito exposto acima, resultou de célebre polêmica entre BERNHARD WINDSCHEID e THEODOR MUTHÉ, a propósito de livro do primeiro,



intitulado *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (A ação do direito civil romano sob o ponto de vista do hodierno direito), dado a lume em Düsseldorf, na Alemanha, em 1856.

Com estudos, motivados pela referida polêmica, em que WINDSCHEID<sup>2</sup> sustentava que, “quando os romanos diziam ter alguém uma *actio*, ou caber-lhe uma *actio*, queriam dizer o mesmo que nós ao atribuímos a alguém um direito ou uma pretensão jurídica” (*Wenn die Römer sagen: Jemand hat eine Actio, Jemandem steht eine Actio zu, so wollen sie damit dasselbe sagen, was wir sagen wollen, wenn wir Jemandem ein Recht, einen Rechtsanspruch zuschreiben*), criticado por MUTHER,<sup>3</sup> que explicava a *actio* como a só “pretensão jurídica do titular de um direito, contra o Pretor, à obtenção de uma Fórmula,<sup>4</sup> no caso de haver sido lesado o seu direito” (*Actio ist also der Anspruch des Berechtigten gegen den Prätor auf Ertheilung einer Formula für den Fall, dass sein Recht verletzt werden sollte*), foi que os juristas PLOSZ<sup>5</sup> e DEGENKOLB<sup>6</sup> lo-

<sup>2</sup> *Die Actio (Abwehr gegen Dr. THEODOR MUTHER)*, Düsseldorf, 1857, Neudruck, 1969 — Scientia Verlag Aalen, § 1.º, pág. 7.

<sup>3</sup> *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen (Eine Kritik des WINDSCHEIDSCHEN Buchs: “Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts”)*. Erlangen, 1857, Neudruck 1969 — Scientia Verlag Aalen, § 13, p. 45.

<sup>4</sup> MAX KASER, *Römisches Privatrecht, ein Studienbuch*, München, 1968, § 83, págs. 312 e segs: — A Fórmula era o documento que o pretor romano (*praetor*), após ouvir as pretensões das partes e não logrando conciliá-las, redigia e entregava ao autor da queixa, para ir a juízo (*in iudicio*) provar o direito que ela lhe atribuía. Dividia-se o documento em três partes: *demonstratio* (exposição dos fatos), *intentio* (declaração do direito) e *condemnatio* (permissão ao *iudex* para absolver ou condenar) expressa com a fórmula: *si paret condemnato, si non paret, absolvito* (se provado, condena, se não provado, absolve).

<sup>5</sup> *Beiträge zur Theorie des Klagrechts*, Lipsia, 1880.

<sup>6</sup> *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877 — Scientia Verlag Aalen 1969.

graram vislumbrar e proclamar a autonomia do direito de ação.

Segundo eles, o direito de ação pode conceber-se independentemente ou com abstração de qualquer outro direito. Dai Plosz o haver denominado *direito abstrato de ação* (*abstrakt Klagerecht*).

Na verdade, enquanto que a *pretensão punitiva* surge da violação da norma penal, a ação prescinde dessa violação, pois é lícito ao juiz concluir, na ação, que não foi infringida a lei penal e, na hipótese contrária, que a infração da lei não foi levada a efeito pelo acusado.

Exemplo bem esclarecedor do asseverado é o conhecido erro judiciário, ocorrido em Araguari, Estado de Minas Gerais, no ano de 1937, contra os irmãos NAVES.

Foi intentada ação penal contra JOAQUIM NAVES ROSA e SEBASTIÃO JOSÉ NAVES, a qual resultou, afinal, na condenação de ambos os acusados, por haverem matado BENEDITO CAETANO, primo deles, cujo cadáver teria sido atirado num rio e não foi encontrado. Tempos depois e já havendo falecido o primeiro, no cárcere, apareceu viva, em Araguari, a suposta vítima.

Não houve, assim, a infringência de qualquer norma do Código Penal que justificasse o surgimento da *pretensão punitiva*, uma vez que nenhum crime foi cometido e, apesar disso, existiu uma *ação penal*, encerrada por decisão condenatória transitada em julgado, cujos efeitos persistiram, após o aparecimento da suposta vítima, até que, através de uma revisão criminal, fosse absolvido e posto em liberdade SERASTIÃO JOSÉ NAVES.

Mirando à imediata soltura do condenado, em casos semelhantes ao dos irmãos NAVES, na tese<sup>7</sup> com que logramos a Livre-Docência de Direito Judiciário Penal na Faculdade Nacional de Direito, propusemos que fosse inserido no então Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Pro-

<sup>7</sup> Revisão — Aspectos in Elementos de Direito Penal e Processo Penal, Ed. Saraiva, 1978. pág. 58.

fessor HÉLIO TORNAGHI, por inspiração de Códigos estrangeiros, <sup>8</sup> o seguinte dispositivo:

“Os Presidentes dos tribunais, de suas câmaras ou turmas a que forem cometidos os julgamentos das revisões, ao despacharem requerimento delas, poderão conceder a liberdade provisória ao condenado que esteja cumprindo pena, quando assim o exigir a evidência do erro judiciário.”

O Projeto n.º 633/75, que transitava nas Casas do Legislativo e foi retirado pela Mensagem n.º 295/78, acolhia a sugestão no art. 575, *in litteris*: — “Quando manifesto o erro judiciário, o tribunal, por proposta do relator, poderá suspender, desde logo, os efeitos da condenação, com a soltura imediata do condenado se estiver preso, ou recolher o mandado de prisão, se estiver foragido.”

Outro argumento probante da autonomia do *direito de ação penal* é o de que enquanto a *pretensão punitiva* é consumível com o decurso do tempo ou motivo outro previsto pela lei, a ação, como direito de recorrer a juízo ou de promover uma acusação, pode ser sempre exercitada.

A verdade do afirmado, leva, segundo MASSARI <sup>9</sup> o simples raciocínio de que a *res iudicata* não impede a instauração de uma outra ação sobre a *pretensão punitiva* já resolvida pelo julgado, e que é por meio de uma decisão que o juiz declara a *exceptio rei iudicatae*.

*Mutatis mutandis*, a imprestabilidade, a nulidade da ação penal, não altera a *pretensão punitiva* ou o *poder juri-*

<sup>8</sup> *StPO* das Alemanhas Ocidental, § 360; e de Leste, § 323; *Código Único de Processo Civil e Penal Sueco (Rättengångsbalk)*, cap. 58, § 6.º *in fine*; Códigos de Processo Penal português, arts. 684 e 399; italiano, art. 559, francês, art. 624; austríaco, § 361; iugoslavo, § 383, alínea 4; tcheco-eslovaco de 1966, art. 306; russo, art. 372; e colombiano, art. 575.

<sup>9</sup> *Lineamenti del processo penale italiano* (2.ª ed., Napoli, 1929), pág. 19.

*dico de punir*, que pode ser exercido por meio de uma nova ação.<sup>10</sup>

4. Alguns juristas têm pretendido negar à ação penal o caráter de direito subjetivo. Ela seria, ao invés, um dever ou um poder-dever, uma vez que as funções dos órgãos do Estado, incumbidos de seu exercício, não são facultativas, mas obrigatórias e necessárias.<sup>11</sup>

Além de infensa a países como o nosso, a Alemanha, a Áustria, a Espanha, a Noruega, a Argentina e tantos outros cuja legislação admite a ação penal privada ao alvedrio do próprio ofendido, doutrina que tal encontra refutação até mesmo dentro no monopólio da ação penal pública adotado por outros países.

Basta que se atente a que os órgãos do Estado incumbidos da ação penal pública são, apenas, órgãos do Estado, sendo este e não eles o titular da ação penal pública. E a prova de que o Estado tem, realmente, a disponibilidade da dita ação, através de outros órgãos seus, está em condicioná-la, em certos casos, não só ao interesse do ofendido (ação penal pública dependente de representação do ofendido), mas ao próprio interesse público, em se tratando de ações penais de pouca relevância (*Opportunitätsgrundsatz bei Bagatellsachen*),<sup>12</sup>

<sup>10</sup> FLORIA, *Principi di Diritto Processuale Penale* 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1932), pág. 184.

<sup>11</sup> Veja-se a doutrina desses juristas, a que, recentemente, aderiu MAURO LEONE (*Problemi Attuali di Procedura Penale*, Jovene Editore, Napoli, 1974, págs. 34 e segs.), in Da Ação Penal de nossa autoria (2.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1978), págs. 11 e segs.

<sup>12</sup> *Códigos Único de Processo Civil e Penal Sueco* de 1942 (cap. 20, § 7.º), e de Processo Penal austriaco, atualizado em 1960 (§ 2.º, 4.º) e da República Federal alemã, atualizado em 1945 (§ 153).

Segundo conclusão do III Congresso Internacional de Magistrados em Berlim (*III Internationaler Richterkongress in Berlin*), no qual o Brasil se fez representar de 8 a 10 de maio de 1969, tendo suas teses de Direito Judiciário Penal sido por nós relatadas, a participação dos Juizes nos pedidos de arquivamento se impõe como de grande relevância prática (eis aí o Estado, através de outro órgão

ou de grande importância, pela requisição do Ministro da Justiça, pelo indulto e pela anistia.<sup>13</sup>

5. Argúi-se, ainda contra a concepção da ação penal como um direito à tutela jurisdicional do Estado, que, sendo o próprio Estado também titular do direito de ação, absurdamente se tornaria um obrigado contra si próprio.<sup>14</sup>

Responde a essa objeção BELING,<sup>15</sup> secundado por MASARI,<sup>16</sup> com a ponderação de que o Estado moderno, dentro de sua soberania, pode e tem necessidade de cumprir funções

---

<sup>13</sup> TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Saraiva, vol. 2.<sup>o</sup>, 1977, pág. 296.

<sup>14</sup> RANIERI, *L'azione penale*, Milano, 1928, págs. 47/48; e DE MARISCO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1938, pág. 22.

<sup>15</sup> *Derecho procesal penal*, trad. de ROBERTO GOLDSCHMIDT e RICARDO C. NÚÑEZ (Córdoba, 1934), págs. 20/21.

<sup>16</sup> Ob. cit., pág. 23. "*L'azione penale è un diritto dello Stato (obbligatoriamente esercitato dal Pubblico Ministero, rappresentante del potere esecutivo) verso l'organo giurisdizionale; è un diritto che un organo, ottemperando a un dovere giuridico, fa valere verso un altro organo* (VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1953, n.<sup>o</sup> V, pág. 21).

---

seu, que não o incumbido da ação penal pública, dela dispondo), pois a instauração do processo pode criar embaraços com respeito à imposição de pena, quando, atendendo-se ao caráter insignificante do fato, ela seja desacertada sob o aspecto de política criminal (*da sie sonst in die Verlegenheit kommen können, Strafe auch dort zu verhängen, wo dies wegen des Bagatelldcharakters der Tat Kriminalpolitisch verfallt sei*).

Entre nós, o sentido finalístico da lei e as exigências do bem comum têm determinado o arquivamento de certos casos, como, *in exemplis*, os de casais reconciliados, após inquérito por agressão física de um dos cônjuges, motivos esses de política criminal que o Professor e Desembargador paulista EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, com os aplausos de FREDERICO MARQUES (*Estudos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio, 1960, págs. 106/107), vê abrangidos pela locução "razões invocadas" do art. 28 do Código de Processo Penal.

Veja-se amplamente sobre o assunto, que diz respeito ao princípio de oportunidade, "Da Ação Penal" de nossa autoria, Forense, Rio, 1978, n.<sup>os</sup> 42 a 45.

diversas, mediante diferentes órgãos, um exercitando direitos, outro reconhecendo-os pela declaração de sua subsistência, não havendo, portanto, nessa dupla concepção de funções estatais nenhum contra-senso.

Vejam-se outras teorias, conceituando a ação penal como um direito contra o Estado, em monografia de nossa autoria intitulada “Da Ação Penal” (Forense, Rio, 1978, ns. 6 a 9).

6. Sendo a *ação penal* um direito subjetivo público, a sede de suas normas é inegavelmente o Código Penal, pois o nascimento, as modificações e a extinção de todos os direitos subjetivos constituem matéria de direito substantivo.<sup>17</sup>

A única diferença existente entre o direito subjetivo de ação e os outros direitos subjetivos, como, *verbi gratia*, o de crédito e de propriedade, figurantes no Código Civil, está em que, enquanto estes podem ser exercidos extrajudicialmente, o de ação não pode. Só através de um processo, unicamente em juízo é possível ser exercitado o direito subjetivo de ação penal, daí as normas sobre o seu exercício serem necessariamente de direito processual.

Assim, as normas sobre a ação penal se dividem entre dois Códigos, o Penal e o de Processo Penal.

No primeiro, devem figurar as normas sobre a ação penal que atribuem ou tolhem aos órgãos do Estado e aos cidadãos o poder de dispor sobre a *pretensão punitiva*, como são as dos arts. 102 a 107, além de outras da parte especial,<sup>18</sup> do Código Penal (*ius puniendi*); no segundo, as relativas ao exercício da ação penal, como as dos arts. 24, 27 a 29, 32 a 37, 39 a 41 e outras do Código de Processo Penal, atuando a pretensão persecutiva do Estado (*ius persequendi*).

A orientação, aliás, de nosso direito positivo, desde a ab-rogação do Código Criminal do Império de 1830, tem sido nesse sentido, pois, anteriormente à promulgação do Código Penal de 1890, a ação penal era regulada, no Brasil, como

<sup>17</sup> TORNAGHI, ob. cit., vol. 2.º, págs. 309/312.

<sup>18</sup> Arts. 130, § 2.º; 145, parágrafo único; 167; 240, § 2.º, e outros.



matéria de direito processual,<sup>19</sup> por influência do celeberrimo *Code D'Instruction Criminelle* francês de 1808, irradiado para o mundo através das torres de televisão da época, que eram as pontas das baionetas dos soldados de Napoleão, estatuto processual alienígena esse, do qual não discrepou, sob o aspecto focado, o vigente *Code de Procédure Pénale*, de 31-12-1957.

7. De uns tempos para cá, entretanto, eminentes penalistas patricios<sup>20</sup> têm procurado defender o velho sistema do Brasil-Império, em matéria de ação penal, mirando ao seu restabelecimento.

Seus argumentos podem ser assim resumidos:

A) A queixa e a denúncia dependente de representação do ofendido e de requisição do Ministério da Justiça são meros pressupostos processuais, fugindo, conseqüentemente, à órbita da lei penal material (HELENO FRAGOSO); B) fossem elas condições de punibilidade e não somente de procedibilidade, sua ausência implicaria numa decisão sobre o mérito e não de simples suspensão do processo sem julgamento da pretensão punitiva (HELENO FRAGOSO); C) não se encontra nos códigos penais estrangeiros a disciplina da ação pública e se, em

---

<sup>19</sup> Veja-se a legislação processual do Império sobre a ação penal in *Da Ação Penal* de nossa autoria (2.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1978) n.º 14, págs. 27/29. O Código Criminal de 1830 dispensava à ação penal uns poucos dispositivos (arts. 252, 253, 262 e 312).

<sup>20</sup> FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I, Forense, Rio-São Paulo, 1961, n.º 166, pág. 307); ANIBAL BRUNO (*Direito Penal*, tomo 3.º, Rio-São Paulo, 1962, pág. 229); HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade in *Estudos de Direito e Processo Penal* em homenagem a NELSON HUNGRIA, Forense, Rio-São Paulo, 1962, XII, págs. 167/169; e *A Reforma da Legislação Penal in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, ano I, Nova fase, n.º 3, outubro-dezembro de 1963, n.º 35, págs. 33/35; TOURINHO FILHO (*Processo Penal*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Bauru, São Paulo, 1975, págs. 233/235); e DAMÁSIO E. DE JESUS (*Direito Penal*, São Paulo, 1977, vol. I, pág. 567).

alguns deles, como, *in exemplis*, “o italiano (art. 120)” e “o alemão (§ 61)”, figuram normas sobre a ação privada é em virtude do equívoco de ainda acreditar-se constituir a mesma uma condição de punibilidade (HELENO FRAGOSO); D) no Brasil, a ação penal só foi contemplada no Código Penal de 1890 pela necessidade de fixar-se preceitos uniformes relativamente à mesma, uma vez que, na época, a competência para legislar sobre processo penal era constitucionalmente atribuída aos Estados, mas com a unificação do processo, que se federalizou, a partir da Constituição de 1934, se impõe sua preceituação, exclusivamente, no Código de Processo Penal (FREDERICO MARQUES, repetido por ANIBAL ERUNO, TOURINHO FILHO e HELENO FRAGOSO); E) e serem muito raras as opiniões divergentes do entendimento deles, dando-nos a honra de incluir a nossa entre aquelas os eminentes Professores HELENO FRAGOSO<sup>21</sup> e FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO<sup>22</sup>

Se inegável que a queixa e a denúncia, dependente de representação e requisição, configuram um pressuposto processual, não vemos em que, só por isso, não possam ou devam ser contempladas no Código Penal. O agente do crime não é, porventura, um pressuposto processual?<sup>23</sup>

“*Presupposto processuale*” — como bem acentua GIOVANNI LEONE<sup>24</sup> — “*è in primo luogo l'esistenza fisica di un imputato*;

<sup>21</sup> A Reforma da Legislação Penal in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, ano I, Nova fase, n.º 3, outubro/dezembro de 1963, n.º 35, pág. 34.

<sup>22</sup> Ob. cit. vol. I, págs. 233/234.

<sup>23</sup> Vejam-se, pela afirmativa, OSKAR BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Neudruck der Ausgabe Giessen 1868, Scientia Verlag Aalen 1969, pág. 5; EDUARDO J. COUTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil* — Trad. de RUBENS GOMES DE SOUSA, São Paulo, 1946, n.º 38, pág. 84; CRISANTO MANDRIOLI, *Presupposti Processuali in Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, 1957, pág. 792; e HÉLIO TORNAGHI, ob. cit., vol. I, pág. 405.

<sup>24</sup> *Trattato di Diritto Processuale Penale*, Napoli, 1961, vol. I, pág. 244, nota 57.

*e in secondo luogo la presenza nell'imputato della capacità di essere parte".*

Ora, se o agente do crime é um dos mais importantes pressupostos processuais, pressuposto não de validade, cuja ausência, apenas, vicia o processo, anulando-o, mas da própria existência do processo, por que motivo pode figurar ele no Código Penal e a queixa e a denúncia dependente de representação do ofendido e de requisição do Ministro da Justiça, também pressupostos processuais de existência do processo, não podem?

Todos os códigos penais do mundo dispõem sobre os agentes do crime, sua capacidade, responsabilidade, co-autoria, extinção da punibilidade por sua morte etc., e jamais alguém, nem mesmo os ilustres opositores da tese que defendemos, propôs que os códigos de processo penal tratassem do assunto por ser o agente do crime um pressuposto processual.

O fato, portanto, de algo constituir um pressuposto processual, como a queixa e o agente do crime, não implica só por isso em não poderem figurar nos códigos de direito material dispositivos a seu respeito.

Como muito bem esclarece HÉLIO TORNAGHI <sup>25</sup> "na verdade, os pressupostos processuais nada mais são que relações preliminares, de natureza constitucional, administrativa, civil etc., *OU MESMO DE CARATER PROCESSUAL*, necessárias à existência ou à validade da relação processual e sempre referente aos sujeitos e ao objeto dela".

Ao outro argumento que acima resumimos *sub B*, responde de maneira insubstituível mestre NELSON HUNGRIA, <sup>26</sup> replicando às críticas do Professor HELENO FRAGOSO a seu Anteprojeto de Código Penal, com as palavras que adiante se seguem:

<sup>25</sup> Ob. cit., vol. I, pág. 404.

<sup>26</sup> Em Torno ao Anteprojeto do Código Penal — II, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, ano I, Nova fase, n.º 4, janeiro-março, 1964, págs. 38/40.

“Pretende o Prof. FRAGOSO que o anteprojeto, ao avocar a disciplina geral da ação penal (pública e privada), incorre no mesmo “grave equívoco” do Código vigente, qual o de misturar direito substantivo com direito adjetivo. É verdadeiramente curiosa a facilidade com que FRAGOSO (que não é um alvoroçado neófito, a supor-se o “fiel da balança” na decisão dos litígios doutrinários) usa e abusa da expressão “equívoco” para definir, ainda nas questões mais controversas, opinião contrária à sua. Não é de hoje, aliás, que ele se empenha em demonstrar que a queixa, a representação e a requisição (estas últimas, em certos casos, condicionantes da denúncia) são meros *pressupostos processuais*, reservados à órbita da lei penal adjetiva (veja-se o seu artigo “Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade”, in *Estudos de Dir. e Proc. Penal em homenagem a NELSON HUNGRIA*). Repete, a propósito, um argumento central: diversamente do que ocorre com a ausência dos *pressupostos processuais*, a inexistência das *condições objetivas de punibilidade* exige sentença sobre o mérito, isto é, declaração judicial de improcedência da ação penal, não podendo, portanto, ser renovado o processo, sob pena de infração do *ne bis in idem*. Ora, isso não é exato, pelo menos em face do direito brasileiro. Tomem-se, por exemplo, a *prévia decretação da falência* e a *prévia anulação do casamento*, incontestavelmente condições objetivas de punibilidade, respectivamente, no caso de crimes falimentares e no do crime definido no art. 236 do Código Penal brasileiro. Desde que verifique, liminarmente, a inexistência delas, o juiz pode e deve rejeitar de plano a denúncia ou queixa, e nada impede que, ulteriormente, sobrevivendo a decretação da falência ou a anulação do casamento, se renove a propositura da ação penal.”

“Nem há dizer que a queixa, a representação ou a requisição apenas condicionam o processo penal, e não a punibilidade. Tanto é condição objetiva de punibilidade aquela que impede *diretamente* a punibilidade, quanto a que a inibe *indiretamente*, tanto a que obsta como a que *suspende* (*si et in quantum*) a punibilidade. Impedir o processo penal é,

sem dúvida alguma, impedir a punibilidade. Se não pode haver processo, como pode haver, efetivamente, punibilidade? É irrefutável o raciocínio de CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, pág. 52): “*Dovendosi... l'effetto penale manifestarsi attraverso il processo, vietare quest'ultimo è la stessa cosa che impedire la punibilità, ma veramente codesti atti (condicionantes da ação penal) condizionano la punibilità medesima.*”

“Não valem distinções de sutileza aracnídea, que cuidam de transformar o direito penal numa sucessão de esquemas geométricos, e, no entanto, só têm efeito de criar perplexidades. Como se pode recusar à queixa ou à representação a qualidade de condições objetivas de punibilidade, se a decadência do respectivo direito extingue a punibilidade? Como se pode alhear à punibilidade a possibilidade de instauração e curso da ação penal se a prescrição desta ou, em se tratando de ação privada, a renúncia ou a perempção fazem cessar a *pretensão punitiva*?”

“Entende o Prof. FRAGOSO que a condição objetiva de punibilidade é *elemento constitutivo* do crime, e seria absurdo dizer-se tal a denúncia, a queixa, a representação, a requisição. Ora, não pode ser elemento estrutural do crime aquilo que está fora dele e não é abrangido pela culpabilidade do agente. Não é de confundir-se condição objetiva de punibilidade com *pressuposto do crime*. As normas sobre condicionantes da ação penal devem figurar entre as normas de direito substantivo, não porque tais condicionantes sejam elementos integrantes de crime, mas porque dizem com o poder de disposição da *pretensão punitiva*, segundo o justo ensinamento de J. A. ROMEIRO (“Da ação penal”, pág. 23), com apoio em MANZINI.”

“Se é certo que o prof. FRAGOSO tem a apadrinhá-lo, neste particular, a maioria dos modernos autores tedescos, não é menos certo que tem contra si a maioria dos doutrinadores italianos (conf. P. MIRTO, *Le formole negative dell'azione penale in rapporto alla dottrina degli elementi del reato*, 1959, pág. 192), bem como grande número de Códigos penais

modernos (norueguês, dinamarquês, italiano, grego, búlgaro, húngaro, argentino, equatoriano etc.) e os mais recentes projetos de Código, como o argentino, o português e o próprio alemão de 1960, reconhecendo a “exposição de motivos” deste último que, mesmo considerando que se trate, na espécie, de *pressupostos processuais*, sua disciplina deve ser incluída entre as normas de direito substantivo, dada a sua íntima correlação com estas.”

“O anteprojeto brasileiro está, assim, em ótima companhia.”

O argumento *sub C*, no sentido de não se encontrar nos códigos penais estrangeiros, como *in exemplis*, no “italiano (art. 120)” e no “alemão (§ 61)” a disciplina da ação pública deflui, *data venia*, do esquecimento muito comum, aliás (veja-se adiante a nota 45), de que, na maioria dos países desses códigos, inexistente ação privada, a ação penal é sempre pública (veja-se, *v. g.*, o art. 1.º do Código de Processo Penal italiano).<sup>27</sup>

A *querela* italiana (arts. 120-126 do Código Penal), o *Antrag* alemão (atuais §§ 77/77, d, do Código Penal, com a atualização de 2-1-1975), a *plainte* suíça (art. 28 do Código Penal), a *querella* mexicana (arts. 263, 274 e outros do Código Penal), a *instância privada* argentina (arts. 71/72 do Código Penal) etc. correspondem não à nossa queixa (ação penal privada), mas à nossa representação do ofendido, só cabível na ação penal pública.

E se na Alemanha, como em nosso país, concomitantemente com a ação penal pública (*öffentliche Klage*) dependente de representação do ofendido (*Antrag*), para os chamados *Antragsdelikten*, existe uma ação penal privada (*Privatklage*), para os *Privatklagedelikten* é somente da ação penal pública, ao invés, e não ação penal privada que trata o Código Penal. Neste Código, que ainda é o de 1871 (*StGB*),

<sup>27</sup> CANDIAN, *La Querela*, Milano, 1951, n.º 25, págs. 50 e segs.; e SANTORO, *Querela in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1957, vol. XIV, págs. 641/658.

foi inserido, com sua atualização a 2 de janeiro de 1975, um capítulo especial, o 4.º do título 7.º, de sua parte geral (*Allgemeiner Teil*), focalizando a ação penal pública condicionada, sob a epígrafe "*Strafantrag, Ermächtigung, Straerverlangen*" (§§ 77, e). O *Strafantrag* corresponde à nossa representação do ofendido, a *Ermächtigung* à nossa requisição do Ministro da Justiça e o *Strafverlange* é uma representação de Governo estrangeiro, condicionadora da ação penal pública, contra atos lesivos de seu país.<sup>28</sup>

A ação penal privada é tratada com exclusividade pelo Código de Processo Penal alemão (*StPO*), atualizado em 7-1-1975, no capítulo 1.º, do livro 5.º, sob a rubrica, *Privatklage* (§§ 374-394).

Aliás, não é a inclusão ou omissão de dispositivos sobre a ação penal pública ou privada, nos códigos penais e de processo penal estrangeiros, que atribuem a ela, em sua pureza, conteúdo material ou processual, pois, como é sabido, ditos códigos, por seu caráter eminentemente pragmático, invadem constantemente a área do outro, sem preocupações de ordem doutrinária por parte do legislador.

Quando não bastasse, para vincular ao direito substantivo certas normas sob a ação, o simples fato de dizerem elas com o poder de disposição da *pretensão punitiva*, como realçado por NELSON HUNGRIA, invocando nossa modesta opinião, outro motivo ainda existe para ser aduzido.

Hodiernamente, como já vimos, a ação é, por definição, um direito subjetivo. E o nascimento, as modificações e a extinção de todos os direitos subjetivos constituem matéria de direito substantivo.

De toda improcedência e por forma gritante ainda o argumento *sub D*, no sentido de a ação penal só haver sido contemplada pelo nosso Código Penal de 1890, porque a competência para legislar sobre processo era constitucionalmente cometida aos Estados,

<sup>28</sup> DREHER, *Strafgesetzbuch*, 37., *neubearbeitete Auflage des von OTTO SCHWARZ begründeten Werkes*, München 1977, págs. 415 e segs.



Competência que tal só surgiu no Brasil, excetuada para o direito processual da justiça federal, com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (arts. 34, n.º 23, e 85, 2.º), quando já estava em vigor o referido Código, baixado, muito antes, pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890 (veja-se o Decreto n.º 1.127, de 6-12-1890, que revogou o art. 411 do Código).

Nem mesmo o Projeto da Constituição de 1891, que o Governo Provisório aprovou pelo Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, dava competência aos Estados para legislar sobre processo (art. 33, n.º 24). Só com as modificações nele introduzidas pela mão de RUI BARBOSA, através do Decreto n.º 914, de 23 de outubro de 1890, é que se cogitou de os Estados legislarem em matéria de processo, salvo quando se tratasse da justiça federal (art. 33, n.º 24). Porém, este último decreto, como se verifica de sua data, é posterior ao nosso primeiro estatuto penal republicano, que é, como já acentuado, de 11 de outubro de 1890.

O derradeiro argumento, acima resumido, *sub E*, de que estaríamos quase sozinho, *solus peregrinus*, advogando a inclusão de dispositivos sobre a ação no Código Penal, acreditamos que, já em face do exposto, perdeu a sua razão de ser.

Além da opinião valiosa, em prol de nosso entendimento, dos conspícuos autores de tantos códigos penais nacionais e estrangeiros, invocamos ainda: a) no Brasil, as de GALDINO SIQUEIRA<sup>29</sup> e HÉLIO TORNAGHI, sendo inexplicável como a deste eminente processualista é tida como contrária à nossa pelos ilustres Professores TOURINHO FILHO<sup>30</sup> e HELENO FRAGOSO,<sup>31</sup> este último invocando as Instituições de Processo Penal (Forense, Rio, 1959) do mesmo, quando, no vol. I, escreve TORNAGHI: — “a ação é realmente instituto de Direito material,

<sup>29</sup> *Tratado de Direito Penal*, tomo II, Rio, 1947, n.º 653, págs. 811/813.

<sup>30</sup> Ob. cit., vol. I, págs. 234/235.

<sup>31</sup> Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade *in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a NELSON HUNGRIA*, Forense, Rio-São Paulo, 1962, pág. 169, em rodapé.

pois é um direito subjetivo" (pág. 50); — e, no vol. III: — "a queixa não é condição de procedibilidade, mas de punibilidade (pág. 334); b) e, no estrangeiro, a opinião da leva de modernos professores das Universidades alemãs e suíças que nomeamos em rodapé, elaboradores do *Alternativ — Entwurf eines Strafgesetzbuches*,<sup>32</sup> que é um Projeto Alternativo de Código Penal, em reação ao Projeto Oficial do Código Penal alemão de 1962, em virtude de suas complicações e tradicionalismo de concepções, se inspirando nas idéias contemporâneas de política criminal e oferecendo soluções novas em matéria dogmática. Os §§ 93 a 96 desse Projeto de Código Penal ideal, sob epígrafe idêntica, aliás, à do Projeto que combate (cap. 4.º da parte geral) e do já citado Código Penal alemão atualizado em 1975: — "*Strafantrag, Ermächtigung, Strafverlangen*"; — dispõe sobre a ação penal pública condicionada.

8. Lírica, acadêmica, nefalibática, como possa parecer à primeira vista, não é absolutamente a questão que acabamos de focalizar, refutando os argumentos daqueles que repelem a ação penal, como matéria de direito substantivo.

De grande alcance prático, é, ao invés, o saber distinguir, não somente com respeito à ação penal, mas a todos os institutos jurídicos penais, uma norma de direito material de outra de direito processual.

As primeiras admitem a aplicação da *lex mitior* e a analogia somente *in bonam partem*; enquanto que as segundas

<sup>32</sup> O *Alternativ-Entwurf* foi dado a lume em dois exemplares, editados ambos na cidade de *Tübingen*, na Alemanha. Em 1966, o da Parte Geral (*Allgemeiner Teil*), elaborada pelos Professores STEPHAN QUENSEL, JÜRGEN BAUMANN, ANNE-EVA BRAUNECK, ERNST-WALTER HANACK, ARTHUR KAUFMANN, ULRICH KLUG, ERNST-JOACHIM LAMPE, THEODOR LACKNER, WERNER MAIHOFER, PETER NOLL, CLAUD ROXIN, RUDOLF SCHMITT, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH e WALTER STREE; e, em 1971, o da Parte Especial (*Besonderer Teil*), pelos referidos professores e mais os seguintes: GUNTHER ARZT, OTTO BACKES, KLAUS GEPPERT, GERALD GRÜNWALD, ARMIN KAUFMANN, KLAUS ROLINSKI, WOLFGANG SCHÖNE e HORST SCHÜLER-SPRINGORUM.

comportam a analogia sem restrições (art. 3.º do Código de Processo Penal), entram em vigor, desde logo, sem prejuízo da validade do realizado na vigência da lei anterior (art. 2.º do Cód. cit.), e podem ser editadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos feitos de sua competência originária (art. 119, § 3.º, letra c, da Carta Política de 1967, com suas Emendas). Os prazos que instituem também se contam diferentemente. Segundo as primeiras, o dia do começo inclui-se no cômputo do prazo (art. 8.º do Código Penal); excluem-no as segundas, incluindo, porém, o dia do vencimento (art. 798, § 1.º, do Código de Processo Penal).

9. Dada a relevância do assunto, impõe-se reproduzirmos aqui a distinção, meridianamente clara, entre normas de direito penal material e formal que, apoiado em MANZINI, adotamos em nosso livro "Da Ação Penal", com os aplausos de NELSON HUNGRIA.<sup>33</sup>

São normas de direito penal material ou substantivo todas aquelas que virtualmente atribuem ou tolhem ao Estado o poder de punir ou modificam esse poder (normas incriminadoras, descriminadoras, que preceituam sobre circunstâncias agravantes e atenuantes, extinção da punibilidade etc.) ou, ainda, conferem aos órgãos do Estado, ou aos cidadãos, o poder de dispor da pretensão punitiva ou da pena (*v. g.*, faculdades de representação do ofendido, de representação do Ministro da Justiça, de renunciar, perdoar, indultar, anistiar etc.).

Ao invés, são normas de direito processual penal todas aquelas que regulam, de um modo geral, o início, o desenvolvimento e a cessação do processo; prescrevem as formas com que devem ser aplicadas as normas de direito penal material; estabelecem as modalidades com as quais os sujeitos processuais podem ou devem valer-se dos poderes que as normas de direito material lhes conferem; e, finalmente, que

<sup>33</sup> Veja-se, acima, no n.º 7, sua réplica às críticas do Professor HELENO FRAGOSO ao Anteprojeto do Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978.

atribuem aos órgãos do Estado ou aos cidadãos o poder de dispor das meras formas processuais (direito de requerer, impugnar, de não responder ao interrogatório etc.).

10. Advirta-se, finalmente, que o fato de reproduzirem as leis processuais disposições de direito substantivo sobre a ação penal (*v. g.*, os arts. 25, 30, 31 e 38 do nosso vigente Código de Processo Penal) não faz delas matéria mista, ou seja, de direito material e formal ao mesmo tempo.

A distinção prevalece, embora muitos juristas entendam serem por vezes esfumadas as fronteiras entre o direito material e formal com relação à ação penal.

ALIMENA<sup>34</sup> é um deles, exteriorizando belamente o seu pensamento com a frase que adiante traduzimos:

“É possível estabelecer fronteiras tendo em vista a cumeada das montanhas, mas nos vales serão elas sempre incertas, controvertidas e violáveis.”

11. Embora as condições da ação penal digam respeito a seu aspecto processual, estranho ao âmbito deste livro, que estamos pretendendo atualizar e só a focaliza sob o ângulo do direito material, cumpre-nos, entretanto, dada a sua importância, indicá-las, pelo menos.

São três: *a) possibilidade jurídica*, consistente na previsão legal do pretendido através dela; *b) interesse de agir*, que se traduz na adequada necessidade de ir a juízo para a obtenção de algo; *c) e legitimatio ad causam*, que é a legitimação subjetiva, a sua titularidade ativa (autor) e passiva (réu).<sup>35</sup>

12. Sobre a história da ação penal, resumida pelo ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, vejam-se, para mais amplos informes, os capítulos II e III da monografia, de nossa autoria, “Da Ação Penal” (Forense, Rio, 1978), notadamente o n.º 25, quanto às proibições de acusar no direito

<sup>34</sup> *Studi di procedura penale*, Torino, 1906, pág. 230, *in nota*.

<sup>35</sup> Veja-se, sobre o assunto, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *As condições da Ação Penal*, São Paulo, 1977.

romano, focalizadas à pág. 20 (nota 26), pelo ilustre Autor deste livro, o qual pode, também, ser consultado, porque nele transcrito *ipsis verbis*, no verbete “Synopsis (direito penal romano — ação popular — direito público de acusar)” do excelente “Dicionário de Direito Romano” de CESAR DA SILVEIRA (vol. II, São Paulo, 1957, págs. 687-690).

#### ART. 102

#### E SEUS §§ 1.º A 4.º

##### DIREITO COMPARADO (Atualização)

Os arts. 27 e 28 do Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961) correspondem ao art. 21 do ab-rogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950), citado à pág. 1, pelo ilustre Autor deste livro.

13. O Código Penal, dispondo, no seu art. 102, que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” e denominando ação privada a esta, no § 2.º do mesmo artigo, consagra, explicitamente, em seu texto, a tradicional divisão, no Brasil, da ação penal em pública e privada.

Referida divisão, embora não a mencionassem nossos Códigos anteriores, estabeleciam-na seus exegetas e os doutrinadores pátrios.

O Código de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, seguia, nesse passo, o vigente (art. 102, §§ 1.º e 2.º).

14. A ação pública, segundo o Código (art. 102, § 1.º), é promovida pelo Ministério Público,<sup>36</sup> dependendo quando

<sup>36</sup> O Ministério Público brasileiro teve por figurino o *Ministério Fiscal* espanhol (veja-se, documentadamente, a respeito, nossa monografia *Da Ação Penal*, 2.ª ed., Forense, Rio, 1978, págs. 160 e seguintes), embora muito em voga, para designá-lo, a expressão francesa *parquet* (= assoalho).

Motivos de ordem histórica explicam essa denominação, segundo PIERRE BOUZAT e JEAN PINATEL (*Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, tomo II, 1970, n.º 1.105, pág. 1.058). Outrora,

a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

Essa subordinação da propositura da ação penal pública, em certos casos, a uma manifestação de vontade do ofendido ou a uma determinação do Ministro da Justiça, tem explicação.

Com relação à primeira: a) o êxito da ação, em certos crimes, atendendo à produção de sua prova, depende quase exclusivamente do concurso do ofendido (*v. g.* arts. 147, parágrafo único, e 151, § 4.º, do Código Penal);

b) ser mínimo o interesse público em outros casos, considerada a tenuidade da ofensa produzida (*v. g.*, arts. 156, § 1.º, e 176, parágrafo único, do Código Penal);

c) e o *strepitus iudicii*, afetando a honra das pessoas e a dignidade das famílias, nos crimes contra os costumes, poder causar mal maior à sociedade, que a própria impunidade do crime (*v. g.* arts. 217 e 225, § 1.º, I, e 2.º, combinados, do Cód. Penal).

A requisição do Ministro da Justiça justifica-se pelo interesse público de ser evitada a ação penal, quando possa dar lugar o seu exercício a explorações de funestas consequências, pela tendenciosidade das dissensões políticas.

Nenhuma dessas duas condições altera o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, que, apenas, para iniciá-la, através da denúncia, como nos demais casos (arts. 24 e 41 do Cód. de Proc. Penal),<sup>37</sup> fica na dependência delas.

---

<sup>37</sup> Cód. de Proc. Penal:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir,

---

na França, os procuradores do rei (*gens du roi*), ao invés de ocuparem assentos sobre um estrado, ao lado dos juizes, mantinham-se, como os advogados e demais procuradores das partes, sobre o assoalho (*parquet*) da sala de audiência. Daí a denominação que permaneceu, apesar de os monarcas, mirando a prestigiar seus procuradores, tivessem permitido que subissem ao estrado e se assentassem do lado direito dos juizes.

A denúncia não é uma simples notícia da infração penal por qualquer pessoa à autoridade pública, mas a exposição do fato criminoso ao juiz competente, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais possa ser identificado, o artigo da lei penal em que deve ser considerado incurso, o rol das testemunhas, quando necessário, e o pedido de sua citação, feitos, por escrito, pelo órgão do Ministério Público.<sup>38</sup>

15. A ação penal pública tem como principais característicos os de ser necessária e indisponível.

O primeiro resulta de vários artigos do Cód. de Proc. Penal, demonstrativos da obrigatoriedade dessa ação, desde que se verifiquem os seus pressupostos (princípio de legalidade), como os de números 28 (estabelecendo o controle jurisdicional, nos arquivamentos de inquéritos policiais ou de quaisquer peças informativas de crimes); 29 e 564, III, d, combinados (obrigando o Ministério Público a retomar, como parte principal, a ação penal privada subsidiária, no caso de negligência do querelante ou também a repudiar a queixa e oferecer denúncia substitutiva); e 43 (estabelecendo a *contrario sensu* os únicos casos em que o Ministério Público pode deixar de promover a ação).

A indisponibilidade da ação penal pública deflui da impossibilidade legal de sua desistência (art. 42 do Cód. de Proc. Penal), o que não importa, entretanto, na proibição ao Ministério Público de pedir a absolvição do acusado, o que é coisa diversa, pedido esse a que não se adstringe a sentença do juiz, que pode concluir pela condenação (art. 385 do Cód cit.).

---

<sup>38</sup> Vide o art. 41 do Cód. de Proc. Penal na nota anterior.

---

de requisição do ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

*Art. 41.* A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.



No característico da necessidade ou obrigatoriedade da ação penal pública está insito o de sua indivisibilidade, em virtude da qual a denúncia contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos.

O motivo de, somente com relação à ação penal privada, acentuarem os nossos estatutos penais a existência da indivisibilidade da ação (arts. 48 e 49 do Cód. de Proc. Penal e 107, § 1.º, I, do Cód. Penal), explica-se pela circunstância de não ser a mesma necessária, obrigatória, mas dependente da vontade do ofendido, que poderia acreditar, sem uma ressalva legal, num poder de disposição dela com respeito aos co-réus.

Outra razão está em só a violação do princípio da indivisibilidade da ação assumir relevância, na prática, quando se trate de ação penal privada, pois o curto prazo da extinção de punibilidade, pela decadência, pode impedir a sua correção, para inclusão de co-réu, anulando a ação.

Na ação penal pública, enquanto não esteja extinta a punibilidade, pela prescrição, cujo prazo é longo, pode ser intentada outra ação contra os co-réus omitidos na denúncia da ação anterior, sem a sua anulação.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Nesse sentido já decidiram os nossos tribunais. Vejam-se os acórdãos de que fomos relator, na 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, em 29-7-1974, na apelação criminal n.º 8.384 (*in Arquivos do Tribunal de Alçada*, GB, 1975, n.º 12, pág. 237); e o de que foi relator o ilustre Desembargador PEDRO RIBEIRO DE LIMA, na 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 20-2-1978, na apelação criminal n.º 3.563, do qual destacamos o tópico abaixo, que nos honra sobremaneira.

“Indivisibilidade da ação penal. Traduz uma noção teórica de justiça, para que não fiquem impunes os co-autores de crimes. Imposta ao querelante e garantida pela vigilância do M. P. (CFP, art. 48) no caso de ação privada (que obedece a critério de oportunidade), a fim de que o particular não disponha caprichosa, discriminatoriamente, do *jus puniendi* estatal, vigora, implícita, em relação também à ação pública, por força do princípio da legalidade, segundo o qual o M. P. deve promover a perseguição penal, ao conhecer da existência de qualquer crime. Mas, diversamente do que pode acon-

16. Sobre o silêncio do Código quanto à indivisibilidade da representação do ofendido e de requisição do Ministro da Justiça, vejam-se nossas anotações adiante ao art. 104.

O princípio da indivisibilidade da ação penal sofre, todavia, restrições legais (veja-se o art. 183, II, do Cód. Penal).

17. O Código Penal, à maneira do Projeto ALCÂNTARA MACHADO, não relaciona em um só dispositivo todos os casos em que a ação pública depende de *representação*, mas a esta se refere, na sua parte especial, todas as vezes em que configura um crime de ação pública, dela dependente.

É o sistema do Código Penal italiano de 1930. O sistema inverso e aludido é o adotado pelo Código Penal argentino (1921).

São crimes de ação pública, mediante *representação do ofendido*, que ALOYSIO DE CARVALHO FILHO denomina *ação dependente de instância privada* (pág. 12), além de outros previstos em leis especiais, os:

- a) de perigo de contágio venéreo (arts. 130 e seu § 1.º);
- b) de calúnia, difamação e injúria, praticados contra funcionário público em razão de suas funções (arts. 138 a 140, combinados com os arts. 141, n.º II, e 145, parágrafo único), — salvo quando a injúria, consistente em violência, ocasionar lesão corporal (arts. 140, § 2.º, e 145, combinados), caso em que a ação penal é pública não dependente de representação (vejam-se nossas anotações ao art. 103, sobre crime complexo);

---

tecer com a ação privada, a inobservância do princípio da indivisibilidade jamais terá a consequência de anular ação penal pública, onde inexiste extinção da punibilidade por decadência, renúncia ou perdão. A qualquer momento, enquanto não consumada a prescrição, pode ser instaurada outra ação penal contra os agentes não incluídos na primeira ação. A pluralidade de processos continentais foi até prevista pelo CPP, no art. 82. Tudo o que vem de ser dito já foi, aliás, superiormente exposto em acórdão da lavra do eminente Juiz JORGE ALBERTO ROMEIRO na apelação n.º 8.384, julgada em 29-7-77 pela Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Alçada do antigo Estado da Guanabara (T.T.A. — 12/237)."

c) de ameaça (art. 147, parágrafo único);

d) contra a inviolabilidade de correspondência (art. 151, § 1.º, II e III), salvo os casos de instalação ou utilização de estação em aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal (art. 151, § 1.º, n.º IV, e § 4.º), e os em que o agente comete o crime com abuso de função em serviço telefônico (art. 151, §§ 3.º e 4.º);<sup>40</sup>

e) contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154);

f) de furto de coisa comum (art. 156);

g) de fraude, consistente em tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel, ou utilizar-se de meio de transporte, sem dispor de recursos para efetuar o pagamento (176);

h) contra o patrimônio (arts. 155; 156; 161, § 1.º, I; 162; 163, parágrafo único, II e III; 165; 166; 168 a 178; e 180); com exceção dos crimes de roubo e extorsão (arts. 157 a 160), alteração de limites e usurpação de águas em propriedade particular sem emprego de violência (art. 161, § 3.º), dano por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (arts. 163, IV, e 167, combinados), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (arts. 164 e 167, combinados) e fraude à execução (art. 179, parágrafo único), quando, em geral, sem emprego de grave ameaça ou violência à pessoa (art. 181, I), o crime é cometido em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; de irmão, legítimo ou ilegítimo; e de tio ou sobrinho, com quem o agente coabite (art. 182). É dispensada a representação para a ação pública contra o estranho que participe desses crimes (art. 183, II);

i) de concorrência desleal, consistentes em dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, proporcione ao agente vantagem indevida; receber dinheiro ou outra uti-

<sup>40</sup> Veja-se a Lei n.º 6.538, de 22-6-1978, que dispôs sobre os crimes contra o serviço postal e o serviço de telegrama, sem aludir à representação do ofendido.

lidade, ou aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever do emprego, proporcionar a concorrente do empregador vantagem indevida; divulgar ou explorar, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica ou de negócio, que lhe foi confiado, ou de que teve conhecimento, em razão do serviço (art. 196, § 1.º, ns X e XII, e § 2.º);

j) contra a liberdade sexual (arts. 215 a 216), de sedução (art. 217), de corrupção de menores (art. 218), de raptio mediante fraude (art. 219, última parte) e raptio consensual (art. 220), quando a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (art. 225, §§ 1.º, I, e 2.º), salvo quando cometidos esses crimes com abuso de pátrio poder, da qualidade de padrasto, tutor ou curador, em que a ação penal pública não depende de representação (art. 225, § 1.º, II).

Os crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e raptio violento (art. 219, 1.ª parte) são crimes complexos e, portanto, de ação pública não dependente de representação da vítima ou de seus pais, exceto quando se trate de violência ficta, ou seja, se a vítima não é maior de quatorze anos; é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224). Nestes casos, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, a ação é pública dependente de representação (art. 225, § 1.º, I, e 2.º). (Vejam-se nossas anotações ao art. 103, sobre crime complexo.)

18. Embora aluda o Código Penal somente ao ofendido, tratando da *representação* (art. 102, § 1.º), é claro que, quando for incapaz, o seu direito de representação passa ao seu representante legal.

O Código de Processo Penal é explícito a respeito:

“Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a

lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido *ou de quem tiver qualidade para representá-lo*" (art. 24).<sup>41</sup>

Esclarece ainda o Código de Processo Penal que "o direito de representação poderá ser exercido pessoalmente ou por procurador com poderes especiais" (art. 39).<sup>42</sup>

13. Apesar de o nosso estatuto processual penal exigir a formalização da representação, que, quando não se fizer por escrito, com a assinatura, devidamente autenticada, do ofendido, de seu representante legal ou procurador, será, como a oral, reduzida a termo perante o juiz ou a autoridade policial, presente o órgão do Ministério Público, quando a este houver sido dirigida, e contendo todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria (art. 39 e seus §§), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*iudex lex loquens*) tem-na admitido manifestada por qualquer forma, como bem acentua o Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, em comentário ao art. 104, págs. 39/40, notas 41 e 42, em rodapé.<sup>43</sup>

Anulada a primeira denúncia oferecida pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, desnecessário é, para a reinstauração do processo, nova representação.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> "Nos casos em que a denúncia depende de representação do ofendido, sendo este menor de 18 e maior de 16 anos, e seu representante legal não querendo fazer dita representação ao Ministério Público, pode aquele fazê-la, observado o art. 33 do Código de Processo Penal (Código Penal, art. 102, § 1.º; Código de Processo Penal, art. 24)." (Conclusão IX, aprovada por 38 votos na 1.ª Conferência de Desembargadores, realizada no Rio de Janeiro, de 19 a 29 de julho de 1943.)

<sup>42</sup> Vejam-se nossas anotações ao art. 105, sobre decadência por falta de poderes especiais no instrumento de procuração.

<sup>43</sup> Vejam-se, no sentido referido, inúmeros acórdãos, com seus principais tópicos, in *Da Ação Penal* de nossa autoria, (2.ª ed., Forense, Rio, 1978), n.º 90, págs. 192/195.

<sup>44</sup> Acórdão do S.T.F., sessão plenária de 6-4-1969, no HC 30.716-RJ, in *Diário da Justiça* de 5-10-1950 — Apenso, pág. 3.298.

20. A representação do ofendido, na legislação comparada, encontra similares na *plainte* francesa (arts. 17, 40, 51 e 85 a 91 do *Code de Procédure Pénale*), belga (arts. 63 a 70 do *Code D'Instruction Criminelle*, de 1873) e suíça (art. 28 do *Code Penal* de 1937), na *querela* italiana (arts. 120 a 126 do *Codice Penale* de 1930), no *Antrag* alemão (§§ 77 a 77d do *Strafgesetzbuch* de 1871, atualizado em 2-1-1975), na *acusação particular* (art. 3.º, 2, e parágrafo único do Decreto-lei n.º 35.007, de 13-10-1945, que remodelou alguns princípios básicos do processo penal português), na *querrela* mexicana (arts. 263, 274 e outros do Código Penal de 1931) e na *instância privada* argentina (arts. 71 e 72 do Código Penal de 1921).<sup>45</sup>

21. A requisição do Ministro da Justiça, que encontra correspondente na *richiesta* italiana e na *Ermächtigung* alemã, tem lugar nos crimes cometidos por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, quando aplicável a nossa lei (art. 5, § 3.º, letra b); nos crimes de calúnia, difamação e injúria contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro (art. 141, n.º I, e 145, parágrafo único, combinados), salvo quando, em se tratando de injúria, consistir esta em violência de que resulta lesão corporal, caso em que a ação penal pública deixa de ser condicionada à requisição do Ministro da Justiça, por se tratar de crime complexo (arts. 103, 140, § 2.º, e 145, combinados) (vejam-se, adiante, nossas

---

<sup>45</sup> Nossos *iuris scriptores* muito comumente se equivocam, identificando a ação penal pública estrangeira dependente de representação do ofendido com a nossa ação penal privada (Veja-se, *supra*, o n.º 7 de nossas anotações à rubrica "Da ação penal"). Nem o ilustre Autor deste livro escapou a esse engano (pág. 17, nota 20, em rodapé), perfeitamente desculpável, aliás, uma vez que os próprios autores alienígenas induzem a ele. CARRARA, *in exemplis*, referindo-se à *ação penal pública* dependente da *querela* em seu país, usa a expressão *azione privata* (*Programma, parte generale*, vol. I, 11.ª ed., Firenze, 1924, pág. 459, § 548), denominação essa combatida por FLORIAN (ob. cit. pág. 205).

anotações ao art. 103); e para a homologação de sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, a fim de sujeitar o condenado a penas acessórias e medidas de segurança pessoais, na falta de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença (art. 7.º, II, letra b).

O Código de Processo Penal, diversamente do que faz com relação à representação do ofendido, não impõe qualquer formalidade para a requisição do Ministro da Justiça, que, não obstante, como observa ESPÍNOLA FILHO,<sup>46</sup> deverá conter a menção da infração penal e a qualidade da vítima.

Sobre a possibilidade de sua retratação, vejam-se nossas anotações ao art. 104, n.º 43.

22. Há outras modalidades de ação penal pública em nosso *ius positum*, embora quanto a elas silencie o vigente Código Penal. São as ações penais públicas *ex officio* e popular.

23. A primeira, a rigor, não seria uma ação dentro no conceito desta, exposto em nossas anotações à rubrica “Da ação penal”, mas um simples procedimento judicial,<sup>47</sup> um *verfahren*, na técnica dos processualistas germânicos. A Lei de Contravenções Penais (art. 17) e o Código de Processo Penal (art. 26) denominam-na, todavia, ação penal pública, e como tal há de ser assim considerada.

Inicia-se essa ação pelo auto de prisão em flagrante ou mediante Portaria, expedida pela autoridade policial ou administrativa com atribuições correlatas, em virtude de lei, ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público

<sup>46</sup> *Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I (Rio, 1942), pág. 292.

<sup>47</sup> Cfr. TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, 2.ª ed., Ed. Saraiva, 1977, vol. 2.º, pág. 318; e FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio-São Paulo, 1962, vol. III, n.º 670, págs. 136/137.



(arts. 4.º, parágrafo único, 26 e 531 do Cód. de Proc. Penal; e 33 da Lei n.º 4.771, de 15-9-1965).

O Ministério Público não tem, portanto, a iniciativa dessa ação, podendo somente, não havendo prisão em flagrante, requerê-la à autoridade policial ou ao juiz, embora nela intervenha depois como órgão de acusação (arts. 533, § 2.º, 536 e 538, § 2.º, do Cód. de Proc. Penal).

A ação penal *ex officio* só tem lugar em se tratando de contravenções e, *ex-vi* da Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, de crimes culposos de homicídio (art. 121, § 3.º, do Cód. Penal) e de lesões corporais (art. 129, § 6.º, do Cód. cit.), salvo quando a autoria desses crimes permanecer ignorada por mais de quinze (15) dias, casos em que se procederá a inquérito policial e a ação será promovida por denúncia do Ministério Público.

Nas mencionadas infrações penais por vezes, entretanto, a ação penal *ex officio* cede lugar à ação penal pública de iniciativa do Ministério Público, obrigatória ou alternativamente.

Obrigatoriamente, a) quando praticadas por autoridades que tenham foro por prerrogativa de função, pois as ações penais públicas perante os Tribunais Superiores são iniciadas sempre, qualquer que seja o ilícito penal, crime ou contravenção, por denúncia dos Procuradores que oficiam junto a eles. Pouco importa que alguns Regimentos Internos de Tribunais, *exempli gratia*, o do Supremo Tribunal Federal (arts. 223 e segs.), ao tratarem da ação penal de sua competência originária, não usem a expressão “delito”, para a abrangência da contravenção, como o art. 556 do Código de Processo Penal, e sim “crime”, não mencionando “contravenção”. A competência originária dos Tribunais Superiores não é *ratione materiae*, mas em razão da prerrogativa de uma alta função pública, sendo, assim, irrelevante a natureza da infração penal em que se baseia a acusação e devendo ser seguido sempre o procedimento estabelecido para o processo e julgamento da pessoa nela investida, salvo, evidente-

mente, quando se tratar de “crime de responsabilidade” que a Constituição extrema do “crime comum”.<sup>48</sup> Essa expressão “crime comum”, na técnica de nossas Constituições, abrange a contravenção e nem o foro constitucional por prerrogativa da função (arts. 119, I, *a* e *b*; 122, *b*; e 144, § 3.º, da Constituição em vigor) poderia deixar de fora a contravenção, que é um crime “de menor intensidade, o crime anão”, na expressão de NELSON HUNGRIA.<sup>49</sup> *b*) e, quando se trate de contravenção, havendo conexão ou continência com crime, cuja ação penal seja de iniciativa do Ministério Público (art. 79 do Cód. de Proc. Penal), de acordo com a iterativa jurisprudência dos nossos Tribunais.

E alternativamente: *a*) nas contravenções do jogo do bicho (art. 58 do Decreto-lei n.º 6.259, de 10-2-1944) e de apostas proibidas sobre corridas de cavalo (art. 50, § 3.º, letra *b*, da Lei das Contravenções Penais, ripristinado pelo Decreto-lei n.º 9.215, de 30-4-1946, que revogou o art. 60 do citado Decreto-lei n.º 6.259, de 1946, só por equívoco referido na lei que damos a seguir), *ex vi* da Lei n.º 1.508, de 19-12-1951; *b*) nas contravenções previstas pelos Códigos Florestal (Lei n.º 4.771, de 15-9-1965) e de Caça (Lei n.º 5.197, de 3-1-1967), arts. 36 e 34, respectivamente, que estendem a essas infrações penais o procedimento da citada Lei n.º 1.508, de 1951; *c*) e, nos crimes cuja ação penal é regida pela Lei n.º 4.611, de 1965, mesmo que a sua autoria não haja permanecido ignorada por mais de quinze (15) dias, conforme

<sup>48</sup> Cfr. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, n.º 805. págs. 301/302; e TOURINHO FILHO, *ob. cit.* pág. 370.

<sup>49</sup> NELSON HUNGRIA-HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, Forense, Rio, 1978, n.º 56, pág. 39.

“A expressão *crimes*, usada pela Constituição no art. 122, inciso IV, deve ser entendida como sinônima de *infrações penais*, compreendendo, assim, as *contravenções*. Conflito de jurisdição julgado procedente, dando-se pela competência da Justiça Federal suscitada” (Acórdão da sessão plenária de 3-11-1978 do S.T.F. no CJ 6.115-3 Rio de Janeiro, do qual foi relator o saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN, *in* Diário da Justiça de 28-12-1978, pág. 10.575).

reiterada jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, pelo entendimento de que o processo iniciado por denúncia do Ministério Público garante melhor a defesa do acusado que o procedimento da ação penal de ofício.

TOURINHO FILHO<sup>50</sup> arrola entre as contravenções cuja ação penal pode ser iniciada por denúncia do Ministério Público a que denomina “contravenção eleitoral”.

*Data venia*, inexistente contravenção que tal. O Código Eleitoral só prevê crimes,<sup>51</sup> e, se alguns deles são apenados exclusivamente com multa, como *v. g.*, os dois arts. 292 e 294, isso não implica em que sejam considerados contravenção, como pretende o ilustre Professor das Faculdades de Direito de Bauru e Araraquara, fundado no art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal e na Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.914, de 9-12-1941), *verbis*: — “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 distinção entre crime e contravenção que fazia o dispositivo transcrito só vigorou para os ilícitos penais previstos pelo Código Penal e pela Lei das Contravenções Penais.

A Lei de Introdução aos referidos diplomas penais é uma *lex specialis*, de aplicação restrita. Aliás, quando assim não fosse, estaria derogado, ou seja, parcialmente revogado o citado dispositivo legal, justamente pelo Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15-7-1965), em cujo elenco de crimes há alguns apenados com a pena isolada de multa.

É certo que, fazendo o mesmo raciocínio de TOURINHO FILHO, também os Professores FREDERICO MARQUES<sup>52</sup> e NIL-

<sup>50</sup> Ob. cit., vol. I, págs. 370/371; e vol. IV, pág. 128/129.

<sup>51</sup> Cfr. NELSON HUNGRIA, *Os Crimes Eleitorais in Revista Eleitoral da Guanabara*, ano I, Rio, 1968, n.º 1, págs. 129/138; e FÁVILA RIBEIRO, *Direito Eleitoral*, Forense, Rio, 1976, págs. 481 e segs.

<sup>52</sup> Ob. cit., vol. III, n.º 859, pág. 363.

ZARDO CARNEIRO LEÃO<sup>53</sup> admitiram a existência de *contravenções eleitorais*, na vigência do Código Eleitoral de 24-7-1950. Todavia, esse já revogado código não possuía a técnica terminológica do atual (Lei n.º 4.737, de 15-7-1965), expressa na locução *crimes eleitorais*, abrangente de todos os seus ilícitos penais, falando, apenas, em *infrações eleitorais*...

Apesar disso, houve protestos, na época, como, *exempli gratia*, os de ESPÍNOLA FILHO.<sup>54</sup>

24. Iniciando-se a ação penal de ofício não só pelo auto de prisão em flagrante, mas, também, mediante Portaria, é controvertida a jurisprudência, quanto a dever ela conter, sob pena de nulidade (art. 564, III, letra a, do Cód. de Proc. Penal), os mesmos requisitos da denúncia e da queixa, expressos no art. 41 do Código citado, *verbis*: — “A denúncia e a queixa conterão a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais possa ser identificado, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Nossa opinião é pela negativa.<sup>55</sup>

Nos procedimentos sumários, iniciados por Portaria, a investigação do ilícito penal não é anterior, mas posterior a ela. Inexiste inquérito policial. Daí dizer somente o art. 533 do Código de Processo Penal: — “Na portaria que der início ao processo, a autoridade policial ou o juiz ordenará a citação do réu para se ver processar até julgamento final, e designará dia e hora para a inquirição das testemunhas, cujo número não excederá de três.”

<sup>53</sup> *Do Processo Penal Eleitoral Brasileiro*, Recife, 1964, pág. 23.

<sup>54</sup> *Código de Processo Penal Anotado*, vol. IX, 5.ª ed., São Paulo, 1962, pág. 171.

<sup>55</sup> De acordo com o nosso entendimento a jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara) (vejam-se Arquivos do Tribunal de Alçada, GB, ano II, n.º 4, págs. 267/270). Em contrário, a jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, seguindo a opinião de FREDERICO MARQUES (ob. cit., vol. III, págs. 135 e 138).

Não diz a lei, como faz em relação à denúncia e à queixa, que deve conter “o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” e, “quando necessário, o rol das testemunhas” (art. 41 do Cód. cit.), tudo fornecido pelo inquérito policial que precede aquelas, e isso porque circunstâncias de fato e testemunhas podem ser até ignoradas, por ocasião da Portaria, com que, apenas, se iniciam as investigações sobre um ilícito penal, ainda a apurar.

A expressão Portaria tem um sentido comum e técnico diferente da de denúncia e queixa. É uma fórmula com que as autoridades públicas criam lugares, preenchem-nos ou se dirigem a seus subalternos e com este último significado, usou-a, evidentemente, o Código de Processo Penal, tanto que o já acima transcrito seu art. 533 alude, por forma expressa, a ordem da autoridade policial ou do juiz, para a citação do réu etc., a seus subalternos.

Eis o motivo, aliás, por que o eminente Ministro OROZIMBO NONATO, relatando, no Supremo Tribunal Federal, em 23-11-1942, o *habeas corpus* n.º 28.329, e o ilustre penalista Ministro BENTO DE FARIA, em escólio ao dispositivo legal referido,<sup>50</sup> admitiram que um simples despacho da autoridade policial ou do juiz, deferindo uma representação, para a instauração da ação penal *ex officio*, possa fazer as vezes de uma Portaria.

Demais, como já esclarecido supra, a ação penal de ofício não vai além de um simples *procedimento*, que a lei denomina *ação*.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, e o Projeto n.º 633/75 do Código de Processo Penal, retirado do Congresso Nacional, pela Mensagem n.º 295/78, acolhiam o princípio *ne procedat iudex ex officio*, sendo que o último, sem restrições, no seu art. 6.º, *apertis verbis*: “Não se admite processo criminal *ex officio*. A relação processual penal, para constituir-se, depende sempre de acusação do

---

<sup>50</sup> Código de Processo Penal, Rio, 1942, vol. II, pág. 124.

Ministério Público nos casos de ação penal pública, ou do ofendido, quando se tratar de ação penal privada.”

25. A ação penal popular que, à exceção de PIMENTA BUENO,<sup>57</sup> os nossos juristas, quer do Império, quer da República, sempre consideraram abrangida pela denominação *ação penal pública*, é aquela cujo exercício pertence a qualquer pessoa do povo.

Presentemente, só a admite, no Brasil, a Lei n.º 1.079, de 10-4-1950, que “define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo e julgamento”, para os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República (Parte III, título II, arts. 41 a 73).<sup>58</sup>

A Lei n.º 4.898, de 9-12-1965, que “regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade”, citada pelo Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, à pág. 30 (n.º 6), não acolhe, *data venia*, a ação penal popular. Aliás, a falta de representação do ofendido nos crimes de abusos de autoridade previstos por essa lei e, segundo ela, condicionantes da ação pública por denúncia do Ministério Público, nem é mais considerada obstativa da iniciativa ou do curso desta ação, por força de diploma legal posterior, a vigente Lei n.º 5.249, de 9-2-1967.\*

26. A ação penal privada, define-a o § 2.º do art. 102 do Código Penal, é a promovida, mediante queixa, pelo ofendido ou por quem tenha qualidade para representá-lo.

<sup>57</sup> Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro — Anotações de JOÃO GONÇALVES DO COUTO (5.ª ed., Rio, 1922), n.º 103, págs. 73/74.

<sup>58</sup> Vejam-se nossos comentários aos artigos da Lei n.º 1.079, de 1950, referentes à ação penal popular; a controvérsia sobre a natureza penal de nosso *impeachment*; e, ainda, amplamente, sobre a ação penal popular, inclusive legislação comparada e nacional, na monografia *Da Ação Penal* de nossa autoria, 2.ª ed., Forense, Rio, 1978, capítulo VI, ns. 52 a 63.

\* O focalizado acima não foi alterado pela Lei n.º 6.657, de 5-6-79, que emendou a Lei n.º 4.898/65.

Seus fundamentos são os mesmos já referidos da representação do ofendido, ou seja, a pouca monta de algumas ofensas e a índole toda particular de certos crimes, cujo *strepitus fori* pode causar mal maior, afetando a honra e a dignidade das famílias, que a impunidade do próprio crime à sociedade, ou cuja produção da prova dependa exclusivamente do concurso do ofendido.

Essa ação que, no Código Penal de 1890 (art. 407, § 1.º), constituía a regra geral, sendo concorrente com ela a ação penal pública, só afastada em determinados crimes, é limitada, no Código vigente, aos crimes de:

a) Calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria não consistente em violência da qual resulte lesão corporal culposa (arts. 140, § 2.º, e 145, combinados), salvo quando esses crimes são praticados contra o Presidente da República, chefe de governo estrangeiro ou funcionário público, em razão de suas funções (arts. 145, parágrafo único).

b) Alteração de limites e usurpação de águas, sem emprego de violência, desde que se trate de propriedade particular (art. 161, § 1.º, I, e 2.º).

c) Esbulho possessório em propriedade particular, sem violência (art. 161, §§ 1.º, II, e 3.º) e grave ameaça. Com grave ameaça é crime complexo e, portanto, de ação pública (vejam-se os arts. 146 e 103, combinados, e nossas anotações, adiante, ao último, sobre crime complexo).

d) Dano não qualificado e qualificado por motivo egoístico ou prejuízo considerável para a vítima (art. 163 e n.º IV do seu parágrafo único, combinados com o art. 167).

e) Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164, combinado com o art. 167).

f) Fraude à execução (art. 179).

g) Violação de direito autoral (art. 184) e usurpação de nome ou pseudônimo alheio (art. 185), salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público (art. 186).

h) Propriedade industrial, previstos pelo título IV do Código de Propriedade Industrial, baixado pelo Decreto-lei n.º 7.903, de 27-8-1945, o qual substituiu os capítulos II a IV



do título III da Parte Especial do Cód. Penal e se encontra em vigor, *ex vi* do art. 128 da Lei n.º 5.772, de 21-12-1971, que instituiu o Código de Propriedade Industrial vigente e deu outras providências (arts. 169 a 171, 174 a 177 e 178, I a VIII, combinados com o art. 181), exceto os de exercício de indústria com falsa atribuição de privilégio de invenção (arts. 173, *caput*, e 181, combinados); de declaração imprecisa de privilégio (parágrafo único do art. 173, combinado com o art. 181); de concorrência desleal, consistente em dar ou prometer dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que, faltando ao dever do emprego, proporcione ao agente vantagem indevida; receber dinheiro ou outra utilidade, ou aceitar promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever do empregado, proporcionar à concorrente do empregador vantagem indevida; divulgar ou explorar, sem autorização, quando a serviço de outrem, segredo de fábrica, que foi confiado ao agente ou de que teve conhecimento em razão do serviço; e divulgar ou utilizar-se, sem autorização, de segredo de negócio, que foi confiado ao agente ou de que teve conhecimento em razão do serviço, mesmo depois de havê-lo deixado (arts. 178, IX a XII, e 181, combinados); e os cometidos por meio de marcas de indústria e de comércio, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinais de propaganda (arts. 179, seu parágrafo único, e 180, combinados com o art. 181).

i) Posse sexual mediante fraude (arts. 215 e 225, combinados), atentado ao pudor mediante fraude (arts. 216 e 225, combinados), sedução (arts. 217 e 225, combinados), corrupção de menores (arts. 218 e 225, combinados), rapto mediante fraude (arts. 219 e 225, combinados) e rapto consensual (arts. 220 e 225, combinados), exceto se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, ou o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (art. 225, § 1.º, I e II).

Os crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e rapto violento (art. 219) são crimes complexos e, portanto, de ação pública (arts. 103 e 146, combinados), salvo quando a violência que os caracteriza for presumida, ou seja, resultante de a vítima não ser maior de 14 anos; ser alienada ou débil mental e o agente conhecer esta circunstância, ou não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224). Vejam-se sobre crime complexo nossos comentários adiante, ao art. 103.

j) Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior; dependendo, porém, a ação penal de queixa do contraente enganado e não podendo ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento (art. 236 e seu parágrafo único).

k) Adultério, somente podendo ser intentada a ação penal pelo cônjuge ofendido e dentro de um mês após o conhecimento do fato (art. 240 e seu § 2.º).

l) Exercício arbitrário das próprias razões (fazer justiça pelas próprias mãos), sem emprego de violência (art. 345, parágrafo único).

27. Queixa é a exposição do fato criminoso ao juiz competente, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do querelado (acusado) ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, o artigo da lei penal em que deve ser considerado incurso, o rol das testemunhas, quando necessário, e o pedido de sua citação, feitos, por escrito, pelo querelante (ofendido) ou seu representante legal (art. 41 do Cód. de Processo Penal).<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Sobre as consequências da muito freqüente confusão, na prática, entre a queixa e o requerimento para a abertura de inquérito policial nos casos de ação penal privada (art. 5, § 5.º, do Código de Processo Penal), vejam-se nossas anotações, adiante, ao art. 105.

São característicos do direito de queixa: a disponibilidade, a revogabilidade e a indivisibilidade.

O caráter de sua disponibilidade, expressa-o a renúncia (art. 108, V, do Cód. Penal), o de sua revogabilidade o perdão (art. 108, V, do Cód. cit.), e o de sua indivisibilidade os arts. 48 e 49 do Cód. de Proc. Penal<sup>60</sup> e 107, § 1.º, n.º I, do Cód. Penal.

Para que o ofendido possa, por ele próprio, exercer o direito de queixa, faz-se mister que seja capaz.

Quando incapaz o ofendido deverá ser representado ou assistido pelo seu representante legal (pai, mãe, tutor, curador).

O representante legal do ofendido incapaz só não o pode representar nas chamadas ações penais privadas personalíssimas, como as previstas para os crimes de adultério (art. 240, § 2.º) e de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, parágrafo único).<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> *Código de Processo Penal*:

*Art. 48.* A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

*Art. 49.* A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

<sup>61</sup> CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Speciale, Firenze*, 1909, vol. III, § 1915, págs. 426/427; NELSON HUNGRIA e ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA, *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1947, vol. VIII, n.º 98, pág. 337; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, 2.ª ed., São Paulo, 1954, vol. I, tomo II, n.º 204, págs. 660/661; e TOURINHO FILHO ob. cit., vol. I, pág. 411. Na França, há quem entenda que a capacidade do ofendido, quando posterior ao início da ação por adultério, não tenha por consequência a extinção da punibilidade (veja-se ÉMILE GARÇON, *Code Pénal Annoté. Nouvelle édition refondue et mise a jour par MARCEL ROUSSELET, MAURICE PATIN e MARC ANCEL, Paris — Vº*, 1956, tomo II, pág. 282). Há de mister não esquecer, entretanto, que ali inexistia ação penal privada. A *plainte* por adultério equivale à nossa *representação do ofendido* em ação penal pública, cujo *dominus litis* é o Ministério Público e não o ofendido.

CARRARA <sup>62</sup> narra e estuda, sob todos os seus aspectos jurídicos, um caso interessantíssimo, em torno do qual muito se polemizou na justiça francesa, a respeito de um marido que, atormentado pelo ciúme e pela obsessão de processar a mulher por adultério, enloqueceu ao obter provas do mesmo, não tendo podido, assim, levar a efeito o seu perseguido desiderato, através do representante legal, em virtude da natureza personalíssima da ação penal.

Sobre a representação legal do ofendido, há, ainda, de atender-se ao disposto nos arts. 33 e 34 do Código de Processo Penal, abaixo transcritos.

**Art. 33.** Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.

**Art. 34.** Se o ofendido for menor de 21 anos e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

Os dispositivos citados aplicam-se também aos casos de representação do ofendido, por interpretação extensiva. *Ubi maior, ibi minus.*

Apesar de a Lei n.º 4.121, de 27-8-1962, que dispôs “sobre a situação jurídica da mulher casada”, ter abolido a sua incapacidade relativa, continuam de pé o art. 35 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, *in verbis*:

**Art. 35.** A mulher casada não poderá exercer o direito de queixa sem consentimento do marido, salvo quando estiver dele separada ou quando a queixa for contra ele.

**Parágrafo único.** Se o marido recusar o consentimento, o juiz poderá supri-lo.

---

<sup>62</sup> Ob. cit., vol. III, pág. 427.

À conclusão da vigência desse dispositivo legal chega-se pela nova redação que a Lei n.º 4.121, de 1962, deu ao art. 248 do Código Civil, levando-se em consideração, notadamente, seu inciso VII e, nesse sentido, a jurisprudência de nossos tribunais.

Ainda de acordo com a iterativa jurisprudência dos nossos tribunais, a separação aludida no artigo refere-se tanto a de direito como a de fato, inclusive a prevista pelo art. 251 do Código Civil.

As fundações, associações ou sociedades legalmente constituídas, para exercerem o direito de queixa, são representadas por quem os respectivos contratos ou estatutos designarem, ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes (art. 37 do Cód. cit.).

28. Rezando o § 3.º do art. 102 do Código Penal que “a *ação privada* pode intentar-se, nos crimes de *ação pública*, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal”, introduziu, em nosso direito positivo, a *ação penal privada subsidiária*.

Embora novidade em nosso direito, há muito que campeava referida ação na legislação penal alienígena. Consagravam-na os celeberrimos Códigos de Processo Penal austríaco de 1873, norueguês de 1887 e húngaro de 1896, respectivamente, nas *Subsidiaranklage* (§ 48), *privat forfølgning* (§ 94) e *ersatz-privatankläger* (§ 42).

O Código de Processo Penal austríaco de 1945, republicado oficialmente em 20-4-1960 (*Kundmachung der Bundesregierung vom 20 April 1960 über die Wiederverlantbarung der österreichischen Strafprozessordnung 1945*), manteve a *Subsidiaranklage* (§ 48), segundo TLAPEK e SERINI,<sup>63</sup> como um corretivo contra o monopólio de ação pelo Ministério Público (*ein Korrektiv gegen das Anklagemonopol des Staatsanwaltes*).

<sup>63</sup> *Die österreichische Strafprozessordnung*, Manzsche Verlags — und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1960, pág. 73.

A ação penal privada subsidiária traduz bem o que, na doutrina do Processo, se denomina *substituição processual*, que ocorre quando alguém, na qualidade de parte, ou seja, em seu próprio nome, defende em juízo, como autor ou réu, direito de outrem.

É, por outras palavras, a não coincidência do sujeito da relação processual (o ofendido, na ação penal focalizada) com o sujeito da relação de direito substantivo (o Estado, cujo representante em juízo é o Ministério Público) expressamente prevista pela lei (o § 3.º do art. 102 do Cód. Penal).

*“Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge”*, — esclarece o que seja a *substituição processual*, por forma negativa, o art. 81 do Código de Processo Civil italiano, — *“nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”*.

O escopo da *ação penal privada subsidiária* é aquele que figura ALIMENA, no evitar alguém, ao defrontar-se com um membro do Ministério Público, de exclamar atemorizado a si próprio: — *Ecco degli uomini, che potrebbero lasciare impunito il mio assassino*.<sup>64</sup>

É a finalidade de impedir os males defluentes da desídia e da relapsia do Ministério Público.

As indiscutíveis vantagens práticas dessa ação em favor do *princípio da legalidade*, princípio de sadia justiça, notadamente num país de vasto *hinterland* como é o nosso, por força do qual a ação penal pública deve ser sempre exercitada quando um crime seja cometido, pesaram bastante contra a sua só temporária futura rejeição pelo revogado Código Penal de 1969, que silenciava sobre a mesma. O Projeto n.º 633, de 1975, de Código de Processo Penal, que tramitava no Legislativo e foi retirado pela Mensagem n.º 295/78, manteve-a no seu art. 7.º *in verbis*:

“Será admitida ação penal privada subsidiária, nos crimes de ação penal pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repu-

<sup>64</sup> Ob. cit., pág. 270.

diá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervindo em todos os termos do processo e retomando, no caso de negligência do querelante, a ação como parte principal.”

“*Parágrafo único.* A ação privada subsidiária deverá ser oferecida dentro de seis meses a contar do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia, sob pena de decadência.”

Completando o § 3.º do art. 102 do Código Penal vigente, dispõe o art. 29 do Código de Processo Penal:

“Será admitida ação privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

O prazo para o Ministério Público intentar a ação pública, através de denúncia, é:

a) de 5 dias, estando o réu preso, a contar da data do recebimento dos autos do inquérito pelo órgão do Ministério Público; e

b) de 15 dias, estando o réu solto ou afiançado. Nestes casos, entretanto, se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

Dispensando o Ministério Público o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças informativas da infração penal, ou a representação nos casos desta (art. 46 e seu § 1.º do Cód. de Proc. Penal).

Não intentada, dentro nos prazos referidos, a ação penal pública pelo Ministério Público, o ofendido tem o direito de promover em sua substituição a ação penal privada, oferecendo a sua *queixa*.

De toda a pertinência, na data em que atualizamos este livro, o informe, à pág. 25, do Prof. ALOYSIO DE CARVALHO



FILHO, no sentido de estar inteiramente superada a controvérsia sobre o cabimento ou não da ação penal privada subsidiária quando o Ministério Público obtém o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer outras peças de informação, com a adoção da segunda alternativa, ou seja, do não cabimento, pela jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, citando acórdão de que foi relator o Ministro EVANDRO LINS E SILVA, com referências, de toda justiça, a esse ilustre criminalista.<sup>65</sup>

Nos casos de conexão ou continência (arts. 76 e 77 do Cód. de Proc. Penal) entre crimes de ação penal pública e privada, a denúncia e a queixa devem ser oferecidas, respectivamente, dentro de um único e mesmo processo, e quando, na prática, isso não for possível, aplicar-se-á a parte final do art. 82 do Cód. de Proc. Penal.<sup>66</sup> Expressamente a esse respeito dispunha o Projeto n.º 633/75 de Código de Processo Penal (arts. 266, § 2.º, e 268 e seus §§), retirado do Congresso Nacional pela Mensagem n.º 295/78.

29. “No caso de morte do ofendido ou de ter sido ele declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão”, reza o § 4.º do art. 102 do Código Penal.

Ressalve-se que esse dispositivo sobre sucessão processual não tem aplicação em se tratando de direitos personalíssimos, como os de queixa do cônjuge ofendido no crime de adultério (art. 240, § 2.º) e do contraente enganado no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, parágrafo único).

Veja-se, ainda, sobre esse direito de sucessão processual, que os processualistas penais germânicos denominam direito

---

<sup>65</sup> Sobre a controvérsia, desde o seu início até aos dias atuais, veja-se a monografia de nossa autoria *Da Ação Penal* (2.ª ed., Forense, Rio, 1978) ns. 119 a 122, págs. 276/293.

<sup>66</sup> Veja-se, a propósito, NILO BATISTA, *Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976, págs. 91/2.

de continuação (*Fortsetzungsrecht*), nossas anotações, adiante, ao art. 108, *caput*.

Nenhuma dúvida oferece a exegese do § 4.º do art. 102 do Código Penal, quase *ipsis litteris* reproduzido pelo art. 31 do Código de Processo Penal,<sup>67</sup> se o conjugarmos com o art. 36 do Código referido, que assim dispõe:

“Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.”

Verifica-se da conjugação deste artigo com o art. 102, § 4.º, do Código Penal, que não há uma ordem absoluta de preferência entre os parentes do morto, ou do ausente, na enumeração do referido dispositivo do Código Penal, para o oferecimento de queixa ou prosseguimento da ação.

O irmão poderá oferecer queixa, ou prosseguir na ação, embora coexistam cônjuge, ascendentes e descendentes do morto ou ausente.

Somente quando se disputarem o direito de oferecer queixa, ou de prosseguir na ação, as pessoas enumeradas no art. 102, § 4.º, do Código Penal, é que será observada a preferência, pela ordem de sua enumeração no referido dispositivo legal. Caso, entretanto, o querelante desista ou abandone a instância, ainda não fluídos os 30 dias a que se refere o art. 60, I, do Cód. de Proc. Penal, qualquer daquelas pessoas poderá prosseguir na ação (art. 36 do Cód. cit.).

Exemplo de *desistência do querelante* seria o da juntada aos autos de uma declaração sua nesse sentido ou de carta, que a contivesse, dirigida a outro parente do morto com direito de queixa; e de *abandono da instância*, a prova de o

---

<sup>67</sup> Art. 31 do Cód. de Proc. Penal: “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

querelante, que advogava em causa própria, haver viajado para o exterior por prazo superior a 30 dias.

Nenhuma razão assiste, *data venia*, a TOURINHO FILHO,<sup>68</sup> quando, por analogia *in malam partem* com o art. 60, II, do Código de Processo Penal, focalizando direito material de ação e de extinção de punibilidade, pretende que a cada sucessor do querelante que desista da instância ou a abandone (art. 36 do Cód. cit.), se conceda um prazo de 60 dias para prosseguir na ação.

O Código de Processo Penal estabelece o prazo de 60 dias para, falecendo o querelante ou sobrevivendo sua incapacidade, comparecer a juízo qualquer das pessoas a quem couber prosseguir no processo, para fazê-lo, sob pena de perempção da ação (art. 60, n.º II).

Em face da disposição do § 4.º do art. 102 do Código Penal, não há como distinguir entre ascendentes, descendentes e irmãos legítimos ou ilegítimos e cônjuge desquitado ou não.

A morte do ofendido prova-se com a certidão de óbito, e a ausência com a inscrição no registro público da sentença que nomear curador ao ausente, de acordo com os arts. 12, n.º IV, e 463 do Código Civil e 94 do Decreto n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências.

Em frente ao § 4.º do art. 102 do Código Penal, cabe a indagação de se é somente transmissível o direito de queixa e não o de representação, pois unicamente àquele se refere.

O Código de Processo Penal responde à pergunta no parágrafo único do seu art. 24, *verbis*:

“No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o *direito de representação* passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

30. A Lei n.º 5.250, de 9-2-1967, que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, ao enu-

<sup>68</sup> Ob. cit., vol. I, pág. 237.

merar os parentes do morto credenciados para a ação penal privada, nos casos de sucessão processual e de crimes de calúnia, difamação e injúria contra a memória de alguém (art. 40, I, d), menciona, apenas, o “cônjuge, ascendente ou irmão, indistintamente”, silenciando sobre o *descendente*.

Decorrente essa omissão de uma propositada *voluntas legislatoris* ou, exclusivamente, de falha tipográfica na publicação da lei, deve valer, a nosso ver, como excludente de *legitimatío ad causam* ao descendente.

Trata-se de titularidade do direito de ação, matéria de direito substantivo e não processual (vejam-se nossas notas à epígrafe “Da ação penal”, do título VII do Código), incumbendo, assim, falar em lacuna legal, suprível, por analogia *in malam partem*, com os arts. 102, § 4.º, do Código Penal e 31 do Código de Processo Penal, *ex vi* do art. 3.º deste último diploma legal, conforme entendeu o Tribunal Federal de Recursos, julgando a queixa-crime n.º 2 do extinto Estado da Guanabara, por acórdão de 18-4-1974, do qual foi relator designado o eminente Ministro JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES.

Em sentido contrário e de acordo com o nosso modo de ver, decidiu a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do referido extinto Estado, julgando a apelação criminal n.º 51.439, da qual foi relator o ilustre Professor e Desembargador HAMILTON MORAIS E BARROS.

Vejam-se, na sua íntegra, os textos desses dois únicos e divergentes acórdãos sobre tão importante assunto, existentes em nossa jurisprudência, bem como as diversas opiniões sobre eles, em “Da Ação Penal” (Forense, 2.ª ed., Rio, 1978), de nossa autoria, n.º 97, págs. 221-226. \*

31. No estado atual de nosso direito penal, embora nada diga a respeito o art. 102, § 4.º, do Código Penal de 1940, é evidente que não cabe a transmissibilidade do direito de queixa aos sucessores legais do ofendido se renunciado por

---

\* No prelo este livro, foi publicada a Lei n.º 6.640, de 8-5-79, corrigindo a omissão da palavra “descendente” no art. 40, I, d, da Lei n.º 5.250, de 9-2-67.

este, expressa ou tacitamente (art. 108, V, do Código Penal de 1940). Não pode, entretanto, o ofendido fazer, validamente, declaração proibindo a seus sucessores legais o direito de queixa ou de representação, uma vez que não há expressa disposição nesse sentido, como o existente no art. 102, § 3.º do Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, no qual se transformou o anteprojeto NELSON HUNGRIA, referido pelo ilustre Autor deste livro à pág. 33 (nota 36, em rodapé).

Os sucessores legais dos direitos de queixa e de representação não podem ser impedidos pelo ofendido do exercício desse direito, sem expressa ressalva na lei.

Certas ofensas a uma pessoa que morre podem refletir-se na de seus herdeiros, depreciando-os na estima pública, e a sentença penal produz efeitos civis para a reparação de danos (vejam-se os arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal).

Como esclarece, muito bem, CARNELUTTI <sup>69</sup> “*il verbo HAERERE, da cui derivano HAERES e HAEREDITAS, accentua il concetto della continuazione (aderenza) tra i due soggetti. La designazione dell’erede è, entro certi limiti, indipendente della volontà del defunto*”. Daí a denominação a esse direito de sucessão processual, pelos processualistas penais germânicos, de *Fortsetzungsrecht*, ou seja, direito de continuação. <sup>70</sup>

### ART. 103

32. Trata o artigo, cujos comentários atualizamos, da ação penal no crime complexo, *nomen iuris* esse haurido do direito italiano (*reato complesso*). Os alemães o denominam de delito composto (*zusammengesetztes Delikt*).

<sup>69</sup> *Sistema del Diritto Processuale Civile*, vol. III, Padova, 1939 — XVII, pág. 445.

<sup>70</sup> LÖWE-ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz-Grosskommentar. Einundzwanzigste, neu bearbeitete Auflage herausgegeben von HANNS DÜNNEBIER, HEINRICH JAGUSCH, WERNER SARSTEDT, FRIEDR. WILH. GEIER, MAX KOALHAAS und KARL SCHÄFER, Zweiter Band, Berlin 1965*, pág. 86; e OTTO SCHWARZ, *Strafprozessordnung 22. Auflage, München und Berlin 1960*, pág. 526.

Define o crime complexo o art. 103 do nosso Código Penal, reproduzindo quase *ipsis litteris* a primeira parte do art. 84 do Código Penal italiano,<sup>71</sup> que o formulou como um instituto jurídico autônomo.

Há crime *complexo*, infere-se do artigo referido do nosso estatuto penal vigente, “quando a lei considera, como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime, fatos que, por si mesmos, constituem crimes”.

O nosso Código, de acordo com o italiano, superou assim as incertezas doutrinárias a respeito do significado da expressão *crime complexo*, ora entendida como se referindo ao *concurso formal* ou *ideal de crimes*; ora traduzindo o crime cuja manifestação fosse cindível em muitos atos; ora, ainda, endereçando a figura criminosa que se apresenta como a transgressão de normas diversas.<sup>72</sup>

O crime complexo, como é evidente e acentua MANZINI,<sup>73</sup> resulta da aplicação específica de um princípio geral de impu-

---

<sup>71</sup> “Art. 84 (*Reato complesso*) — *Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivo, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbe, per sè stessi, reato.*”

Já em vigor o nosso Código Penal de 1940, surgiu o celeberrimo Código Único de Processo Civil e Penal (*Rättegångsbalk*) sueco de 18-7-1942, cuja vigência se iniciou a 1-1-1948, dispondo sobre a ação penal no crime complexo na 1.ª parte do § 4.º do Capítulo 20, *in verbis*: — “A ação é pública quando uma infração penal for integrada por outras mais e para uma delas couber ação pública” (*Enthält eine Tat mehrere strafbare Handlungen, und ist wegen einer, von ihnen die öffentliche Anklage zu erheben, so darf eine solche auch wegen der übrigen erfolgen*) (*Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens übersetzt und eingeleitet von Dr. jur. GERHARD SIMSON, Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher, herausgegeben von Professor Dr. ADOLF SCHÖNKE, Nr. 58, Berlin, 1953, pág. 79*).

<sup>72</sup> BINDING, *Handbuch*, vol. I, pág. 504; *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. I, pág. 209 e segs.; DOERR, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 1920, pág. 32, *apud* RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, pág. 4.

<sup>73</sup> *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II (Torino, 1933), pág. 521.

tabilidade, em razão do qual não se pode imputar duas vezes o mesmo fato ou a mesma circunstância.

Para que se configure o crime complexo, como resulta da definição legal já transcrita, há de mister, portanto:

A) Que o fato considerado como elemento constitutivo ou circunstância agravante de um crime constitua por si só uma figura legal de crime, com punição própria.

Exemplos:

a) O fato do seqüestro (crime previsto pelo art. 148 do Código Penal), que é elemento constitutivo do crime de extorção mediante seqüestro (art. 159 do mesmo Código);

b) o crime de lesão corporal de natureza grave, (previsto pela lei nos §§ 1.º e 2.º do art. 129 do Código Penal), que é fato-circunstância agravante do crime de maus-tratos (art. 136, § 1.º, do mesmo Código).

Se o elemento constitutivo ou a circunstância agravante de um crime é uma *contravenção*, como, p. ex., no caso do art. 140, § 2.º (injúria consistente em *vias de fato*), não se configura o crime complexo. A contravenção é absorvida pelo crime, em virtude dos princípios *ubi maior, minor cessat e maior absorbet minorem* (princípio da prevalência). Aliás, é meridianamente claro o art. 103 do Código Penal, referindo-se expressamente a *crime*, que o nosso *ius positum* distingue da *contravenção*, a qual é objeto de lei especial (Decreto-lei n.º 3.688, de 2 de outubro de 1941).<sup>74</sup>

B) Que o fato que por si só constitui uma figura legal de crime seja considerado pela lei como elemento constitutivo

---

<sup>74</sup> Lê-se em MANZINI (ob. cit. pág. 521) que se configura o crime complexo quando uma contravenção é elemento constitutivo ou circunstância agravante de crime. Mas, embora o Código Penal italiano, no art. 84 (do qual é quase tradução o 103 do nosso Código), se refira somente a *reato* e não a *contravvenzione*, é necessário atentar a que esta, no direito positivo italiano, é uma distinção do *reato*, segundo a regra do art. 39 do referido Código, *verbis*: *I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni, secondo la diversa specie delle pene per essi rispettivamente stabilite da questo codice*.



ou circunstância agravante de outra figura legal de crime. “Se a lei não o estatui”, elucida JOSÉ DUARTE, “ao intérprete ou aplicador da lei não cabe criar nenhuma figura de crime complexo”.<sup>75</sup>

Exemplificando, são crimes complexos, entre outros previstos pelo nosso Código Penal, os constantes dos arts. 133, §§ 1.º e 2.º (abandono de incapaz do qual resulta lesão corporal de natureza grave ou morte); 157 (roubo); 159 (extorção mediante seqüestro) e 213 (estupro).

33. Com relação a esse último crime, o de estupro, há controvérsia, na doutrina, quanto a configurar ele na sua forma mais simples (art. 213, *caput*), um crime complexo, manifestando-se pela negativa, ao que parece, o ilustre Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (vejam-se seus comentários à pág. 36).

Fazendo a exegese dos textos de lei definidores do crime complexo, dois grupos de penalistas se vêm disputando a primazia em busca de um exato conceito legal para o mesmo.

A corrente mais forte, principalmente na Itália,<sup>76</sup> acentuando que o art. 84 do Código Penal italiano alude, como elementos integrantes do crime complexo, no plural, a “fatos que constituiriam por si mesmos, crime” (“*fatti che costituirebbero per sé stessi reato*”), copiado, nesse passo, pelo art. 103 do nosso estatuto penal, que também se refere, no plural, a “fatos que, por si mesmos, constituem crimes”, entende que, para a configuração legal do crime complexo, há de mister que, cindido este nos vários fatos que o compõem, como

<sup>75</sup> *Da Ação Penal — Da Extinção da Punibilidade* (Tratado de Direito Penal Brasileiro, vol. V, Rio, s. d., pág. 88).

<sup>76</sup> RANIERI, *Il reato complesso*, Milano, 1940, págs. 17 e 32; SPEZIA, *Reato complesso in Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1939, págs. 1.238/1.242; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, Padova, 1949, pág. 483; GRISPINI, *Corso di Diritto Penale*, vol. I, 1932, pág. 509; MAGGIORI, *Principi*, 1937, vol. I, pág. 497; MEZGER, *Diritto Penale*, trad. de FILIPPO MANDALARI, 1935, págs. 477 e segs.; e MEYER ALLFRED, *Lehrbuch*, 1934, pág. 255.

elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes, pelo menos, dois desses fatos devam constituir, de per si, um crime. Exemplo esclarecedor seria, em nosso Código, o crime de roubo, previsto pelo art. 157 e composto por dois fatos, que separados e isolados vêm a constituir cada um deles, singularmente, um crime previsto pelo mesmo Código, ou seja, os crimes dos arts. 155 (furto) e 146 (constrangimento ilegal).

Ora, decomposto, em seus elementos constitutivos, o crime de estupro, resultam dois fatos: 1.<sup>o</sup>) o constrangimento de uma mulher, mediante violência ou grave ameaça; 2.<sup>o</sup>) e a conjunção carnal; constituindo apenas o primeiro fato, por si mesmo, um crime — o de constrangimento ilegal, previsto pelo art. 146 do Código Penal, uma vez que a simples conjunção carnal é fato natural, em si mesmo lícito.

Para os sequazes da corrente oposta,<sup>77</sup> basta, ao invés, para a configuração do crime complexo, que, isoladamente, um só dos fatos integrantes de uma figura legal de crime constitua, só ele, um crime singular, como, na hipótese do estupro (art. 213), o fato do constrangimento ilegal da mulher (crime previsto pelo art. 146), para o fim natural, lícito, da conjunção carnal. Ou, por outras palavras, parafraseando BATTAGLINI<sup>78</sup>, surgiria o crime complexo, para essa segunda corrente, quando um *quid pluris*, que não constitui crime de per si, se ajunte a um fato que, singularmente, configura um crime, formando uma nova figura legal de crime.

---

<sup>77</sup> FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937, pág. 350; DE MARSICO, *Diritto Penale*, Napoli, 1935, págs. 403 e segs.; SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933, pág. 36; UGO PERGOLA, *Il reato*, 1930, pág. 168; SCIPIONE PIACENZA, *Reato complesso in Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, UTET, Torino, 1957, n.º 6, pág. 966; e, entre nós, NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, atualizados por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Forense, Rio, 1978, vol. I, tomo II, n.º 57, pág. 53; TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva, 1977, vol. II, pág. 317; e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1962, vol. II, pág. 544.

<sup>78</sup> Ob. cit., pág. 483.

As razões que nos convencem do melhor acerto desta última corrente a que aderimos, em frente ao art. 103 do nosso Código Penal, damo-las a seguir.

Conforme, argutamente, observou FROSALI, os penalistas intérpretes dos dois dispositivos legais italianos, correspondentes ao art. 103 do nosso Código Penal, só estão divididos, nas duas correntes de opiniões supra-resumidas, quando focalizam os fatos integradores do crime complexo (*fatti che costituirebbero, per sè stessi, reato*) como seus “elementos constitutivos” (*elementi costitutivi*) e nunca esses mesmos fatos como “circunstâncias agravantes” (*circostanze aggravanti*).

Com relação às circunstâncias agravantes, estão de acordo todos os intérpretes, apesar de a lei também aludir, no plural, a fatos circunstâncias agravantes, que um só fato, isoladamente considerado crime, é bastante, como agravante, para caracterizar o crime complexo.

Ora, não é possível interpretar um mesmo dispositivo legal, em que todas as suas palavras são expressas no plural, com dois pesos e duas medidas, ou seja, lendo, no singular, a locução “fatos circunstâncias agravantes” e, literalmente, no plural, as palavras “fatos elementos constitutivos”.

Eis a argumentação de FROSALI,<sup>79</sup> que se adapta, como uma luva, ao art. 103 do nosso Código Penal: “*II cpv. dell' art. 84 vale anche in confronto alla figura di reato complesso che si ha quando un fatto, che costituirebbe reato, è previsto nel reato complesso come circostanza, mentre tutti gli autori sono concordi nel ritenere che, per tale figura, un solo reato semplice può presentarsi: onde l'unica espressione usata nel cpv. dell'articolo 84 dovrebbe valere a richiedere due reati, se essi sono elementi costitutivi, anche un solo reato, se esso è circostanza.*”

Demais, se se fosse exigir mais de um fato, constituindo, cada um, crime por si mesmo, para, na qualidade de circunstâncias agravantes, integrarem o crime complexo, inexistiria esse tipo de crime nos diplomas legais em exame e a maior

---

<sup>79</sup> Ob. cit., pág. 350.

parte da importante regra geral dos arts. 84 e 131 do Código Penal italiano <sup>80</sup> e 103 do nosso Código, mirando a uma melhor repressão penal, seria inteiramente inútil, supérflua, inaplicável, conclusão essa de enjeitar-se, por absurda.

Todos os crimes complexos previstos pelo nosso direito positivo e compostos por fatos circunstâncias agravantes que, isolados, constituem crime por si mesmos, o são por um único fato, como se verifica, *in exemplis*, dos arts. 159, §§ 2.º e 3.º, 163, n.º I, 227, § 2.º etc., do nosso Código Penal.

Aliás, as conclusões a que chegamos afinam, ainda, com os melhores cânones de hermenêutica, no sentido de que as palavras da lei, embora literalmente expressas no plural, podem ser interpretadas como se referindo a pessoas, coisas, fatos e atos no singular e *vice-versa*, tudo dependendo da *mens legis*, patenteada através do conjunto de seus dispositivos. “*It is a general rule*”, — escreveu o insuperável BLACK <sup>81</sup> — “*that words or phrases in a statute expressed in the plural may be taken as including the singular, and words in the singular may be extended to several. But it is held that this rule is to be applied only when the plain and evident sense and meaning of the words, derived from the context, render such a construction necessary to effect the intention of the legislature*”. Elucidando, igualmente, FRANCIS J. McCaffrey: <sup>82</sup> “*When necessary the give effect to the intention of the legislature, words in the singular may be construed as plural, and vice-versa.*”

34. Ressalve-se, contudo, que o crime de estupro (art. 213) e outros crimes contra os costumes que, pelos motivos

---

<sup>80</sup> O art. 84, na parte que interessa, está transcrito na nota 71.

<sup>81</sup> Art. 131. (*Reato complesso. Procedibilità di ufficio*) — *Nei casi preveduti dall'articolo 84, per il reato complesso si procede sempre d'ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere di ufficio.*

<sup>82</sup> *Handbook on the Construction and Interpretations of the Law*, St. Paul, Minn., 1896, n.º 68, pág. 154.

<sup>83</sup> *Statutory Construction*, New York, 1953, § 22, pág. 53.

que acabamos de expor, são também crimes complexos, como o atentado violento ao pudor (art. 214) e o rapto violento (art. 219), deixam de sê-lo, quando a violência que os caracteriza for apenas presumida, ou seja, resultante de a vítima não ser maior de 14 anos; ser alienada ou débil mental e o agente conhecer esta circunstância; ou não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224).

Nesses casos desaparece o crime complexo, surgindo, por mera ficção, os crimes de estupro, o atentado violento ao pudor e o rapto violento.<sup>83</sup>

35. O crime complexo comporta a figura da tentativa.<sup>84</sup>

NELSON HUNGRIA<sup>85</sup> entende que não há falar em tentativa de crime complexo quando, integrado este por dois crimes, um deles fica tentado e o outro se consuma. A solução que lhe parece razoável, na hipótese, “é a de, sem desrespeito à unidade jurídica do crime, aplicar exclusivamente a pena mais grave, considerados os crimes separadamente, ficando absorvida ou abstraída a pena menos grave”.

*Data venia*, estamos com MANZINI<sup>86</sup> em que, na hipótese, pode ocorrer, conforme o caso, a tentativa do crime complexo. No próprio exemplo de latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*), que HUNGRIA formula, em que o homicídio (crime-meio) é apenas tentado e a subtração da *res aliena* (crime-fim) consumada (supondo ter matado a vítima, o agente a despoja de seus haveres), há inegavelmente uma tentativa de latrocínio, só não se lhe aplicando a pena dos arts. 157, § 3.º, e 12, II, combinados, do Código Penal, por uma questão de equidade, conforme o mesmo penalista e Ministro insigne.

<sup>83</sup> HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.ª ed., Rio, 1973, vol. I, n.º 209, pág. 233/234.

<sup>84</sup> VICENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. II. Torino, 1950, pág. 612; e SCIPIONE PIACENZA, *ob. cit.*, pág. 966.

<sup>85</sup> *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, vol. VII. Rio, 1955, págs. 59/60; e mesma obra atualizada por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Forense, vol. I, tomo II, Rio, 1978, n.º 67, pág. 91.

<sup>86</sup> *Ob. cit.*, vol. II, pág. 612.

é que a pena de tentativa de latrocínio (15 a 30 anos, diminuídos de 1/3 a 2/3, sem prejuízo da multa) seria maior que a “da tentativa de homicídio qualificado pela conexão de meio a fim com outro crime (art. 121, § 2.º, V, do Código Penal) ainda que este *outro crime* seja de muito maior gravidade que o roubo” (12 a 30 anos, diminuídos de 1/3 a 2/3).

Demais, esta questão de aplicação de pena na focalizada tentativa de latrocínio é muito controvertida, entendendo que deve ser aplicada a dos arts. 157, § 3.º, e 12, II, combinados, e não a dos arts. 121, § 2.º, V, e 12, II, combinados, do Código Penal, MAGALHÃES NORONHA<sup>87</sup> e HELENO FRAGOSO.<sup>88</sup>

36. Diferencia-se o *crime complexo* do *concurso material de crimes* e da *reincidência*, em que os dois últimos institutos exigem uma pluralidade de crimes autônomos e independentemente configurados na lei, enquanto no crime complexo há uma só e única figura legal de crimes.

Do *crime pressuposto* de outro crime extrema-se também o *crime complexo*. Se um crime é, realmente, pressuposto de outro e são ambos cometidos por uma mesma pessoa (via de regra, há mais de um agente, *v.g.* na receptação), há *concurso material de crimes*, que, como já vimos, se diferencia do *crime complexo*.

Não se confunde ainda o *crime complexo* com o *crime progressivo*, pois este não constitui uma especial figura legal; deflui, ao invés, da infração de uma pluralidade delas, eliminando a mais grave a menos grave.

O crime complexo é uma entidade *real* e não *fictícia*. A lei consagra expressamente a sua existência que é, portanto, jurídica.

---

<sup>87</sup> *Direito Penal*, São Paulo, 1976, vol. II, pág. 269.

<sup>88</sup> *Ligões de Direito Penal*, Parte Especial, São Paulo, 1976, vol. I, n.º 320, pág. 332.

Não somente na sua projeção legal, mas também na sua exteriorização psíquica, se apresenta unitário o crime complexo, cujo dolo se estadeia próprio e único.<sup>89</sup>

Basta o raciocínio de que, evidenciada a intenção do agente, se imputa o crime complexo nos casos em que o primeiro crime componente está apenas tentado e a execução do segundo não ainda iniciada.

Dessa unidade do crime complexo deriva a sua incidibilidade, disciplinada em o nosso estatuto penal nos arts. 103, em estudo, e 108, parágrafo único.

Reza o primeiro deles, que “quando a lei considera, como elementos constitutivos ou circunstâncias agravantes de um crime, fatos que, por si mesmos, constituem crimes, *cabe a ação pública em relação àquele, desde que em relação a qualquer destes se deva proceder por iniciativa do Ministério Público*”; e dispõe o parágrafo único do art. 108 que “a extinção da punibilidade de crime, que é elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este”.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578 de 1978, a respeito de crime complexo, limitou-se a repetir o vigente (arts. 103 e 109, 1.ª parte).

O art. 103 e o parágrafo único do art. 108 do Código Penal vigente, que reproduzem os arts. 131 e 170, *comma* II, do Código Penal italiano de 1930,<sup>90</sup> são de uma clareza meridiana quanto à sua aplicação na prática.

Daremos, todavia, alguns exemplos sobre a aplicação de ambos:

a) Contra o crime de *esbulho possessório* em propriedade particular, praticado mediante o concurso de mais de

---

<sup>89</sup> Entende BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, vol. II, 2.ª parte, 1872, pág. 927, que, no crime complexo, há uma pluralidade de dolo (*apud* SPIEZIA, *Reato complesso in Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1939, pág. 1.241).

<sup>90</sup> O art. 131 está transcrito na nota 80.

“Art. 170, *comma* II; — *La causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso* (art. 84).”



duas pessoas, sem emprego de violência, embora com ameaça, somente se procede mediante queixa (art. 161, II, § 3.º, do Código Penal), mas, se ameaça for grave, procede-se por iniciativa do Ministério Público (ação pública), por força da regra contida no art. 103, atendendo a que a *grave ameaça* no caso, configura também o crime de *constrangimento ilegal* (art. 146), cuja ação é pública.

Igualmente contra o crime de dano (art. 163) somente se procede mediante queixa (art. 167), porém, se é cometido esse crime com violência a pessoa ou grave ameaça (art. 163, parágrafo único, I), a ação se inicia por denúncia do Ministério Público, pelo mesmo motivo do exemplo anterior.

b) A extinção da punibilidade do crime de seqüestro (art. 148) opera-se pela prescrição não interrompida, com o decorrer de 8 anos a partir do seu cometimento. Não, porém, no crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159), cuja prescrição é de 20 anos.

37. Quando o crime complexo é integrado por um crime de ação pública dependente de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça e de outro de ação penal pública incondicionada, esta é a ação que deve predominar e ser intentada, pois o art. 103 do Código Penal, na sua cláusula final, alude, *apertis verbis*, a crimes em que "se deva proceder por iniciativa do Ministério Público".<sup>91</sup>

38. Eminentes *scriptores iuris*<sup>92</sup> e vários arestos de nossa Justiça vêm considerando o art. 103, em estudo, como mera figura decorativa no Código Penal.

<sup>91</sup> Cfr. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. II, Torino, 1950, pág. 612.

<sup>92</sup> FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1956, vol. III, § 159, pág. 396; BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, 2.ª ed., São Paulo, 1954, vol. I, tomo II, págs. 645/646; MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, São Paulo, vol. I, pág. 388; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Decisões Anotadas do Supremo Tribunal Federal em Matéria Criminal*, Ed. Saraiva, 1978, n.º 6, págs. 21/23; e JOÃO MESTIERI,

Jamais teria ele aplicação, pois, segundo a doutrina que preconizam, a Parte Especial do Código, estatuinto vários crimes complexos como dependentes de queixa e de representação, teria sempre prevalência sobre a Parte Geral do mesmo Código, onde está insito o art. 103, que seria, assim, letra morta, por força do princípio de hermenêutica *lex specialis derogat legi generali*.

Ora, ao invés e como muito bem argumenta TORNAGHI,<sup>93</sup> focalizando o art. 103 em frente ao art. 225, que prescreve a queixa, como regra geral, para os crimes contra os costumes, entre os quais há vários crimes complexos: — “Apesar da colocação no Código, a regra do art. 225 é que é genérica para os crimes contra os costumes, enquanto que a do art. 103 é específica para os que forem complexos, qualquer que seja o bem jurídico ofendido. E é por se aplicar a diferentes tipos de crimes que ela se encontra na Parte Geral. Seria incompreensível que a lei considerasse crime de ação pública o mero constrangimento, a violência, a grave ameaça para obrigar alguém a tomar um sorvete e se desinteressasse do emprego da violência para constranger mulher a conjunção carnal. No primeiro caso o Ministério Público teria de mover a ação;

---

<sup>93</sup> *Instituições de Processo Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Saraiva, São Paulo, 1977, vol. II, pág. 318.

---

*Advocacia Criminal* em colaboração com NILO BATISTA, Rio, 1978, págs. 3/18.

NELSON HUNGRIA vem sendo apontado como integrante dessa corrente, por haver escrito, sem especialmente focalizar a questão do crime complexo, à pág. 233 do vol. VIII de seus Comentários ao Código Penal, em colaboração com ROMÃO CORTES DE LACERDA, Ed. Revista Forense, Rio, 1947, n.º 70: — “Em todos os crimes sexuais previstos nos capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código, manteve este o critério de, como regra geral, deixar a ação penal à iniciativa privada (art. 225).” Mas, relatando o HC 8.296, em 23-4-1951, quando integrando, como Desembargador, o Tribunal de Justiça do ex-Distrito Federal, entendeu ser o estupro, na sua forma simples (art. 213), crime complexo e, como tal, de ação pública, por força do art. 103 do Código Penal (veja-se o Diário de Justiça, de 9-2-1952 — Apenso, pág. 690).

no segundo a violência ficaria impune se a violentada não movesse a ação.”

Adverso a essa argumentação, mas sentindo o absurdo de admitir-se que possa conter o Código Penal um dispositivo como mera figura decorativa, o brilhante FREDERICO MARQUES<sup>94</sup> tenta explicar o art. 103, como “preceito esclarecedor, destinado a evitar dúvidas futuras”.

Mas, que dúvidas futuras seriam essas, se, dentro na sistemática do nosso direito penal positivo, no silêncio da lei, a ação penal é sempre pública, seja complexo ou não o crime?

Motivado por essa irrespondível indagação, feita em estudo nosso anterior,<sup>95</sup> dando prevalência ao texto do art. 103 sobre o do art. 225 do Código Penal, concedeu-nos a honra de citar-nos, como vanguardeiro dessa corrente doutrinária, o insigne Ministro ANTONIO NEDER, relatando acórdão da Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, datado de 14-5-1974 e proferido no RHC n.º 51.589-GB: — “Minha opinião sobre a controvérsia é a mesma do nobre magistrado JORGE ALBERTO ROMEIRO, acima referida, e que se acha escrita na R. F., 178/300, e a do Prof. HELENO FRAGOSO, bem exposta na sua conhecida obra *Jurisprudência Criminal*, 1973, I, n.º 209, ambos os quais afirmam que o art. 103 do C. Pen. exclui a incidência do art. 225 do mesmo texto, pois, do contrário, o primeiro não seria nunca aplicável” (RTJ, 69/373).

A princípio vacilante, a jurisprudência dos nossos tribunais, principalmente a da nossa Corte Suprema, vem-se orientando, ultimamente, no sentido do acórdão citado.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Ob. cit., vol. III, § 159, pág. 396.

<sup>95</sup> Comentário de nossa autoria a acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido em 24-10-1956, no RH 34.579, in *Revista Forense*, vol. 178, págs. 297/301; e *Elementos de Direito Penal e Processo Penal* de nossa autoria, Ed. Saraiva, 1978, págs. 169/178.

<sup>96</sup> Vejam-se esses acórdãos em *Da Ação Penal* de nossa autoria, 2.ª ed., Forense, 1978, págs. 311/313; e *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, também de nossa autoria, Ed. Saraiva, 1978, pág. 169/170.

## ART. 104

## DIREITO COMPARADO (Atualização)

O art. 29, 3, do vigente Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961), corresponde ao art. 22, 2, do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950), citado pelo ilustre Autor deste livro, à pág. 37.

Veja-se, adiante, a rubrica “Direito Comparado” sob o art. 106.

39. “A representação é irretratável depois de iniciada a ação”, reza o art. 104 do Código Penal.

Dispositivo idêntico e com a mesma numeração continha o Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578 de 1978.

Sendo pública a ação dependente de representação, inicia-se com o oferecimento da denúncia; daí esclarecer o art. 25 do Cód. de Proc. Penal: — “A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.”

Quando ocorre, entretanto, o oferecimento da denúncia?

Na data assinalada no *termo de data*, como a da entrega dos autos em cartório, com a denúncia, após o *termo de vista* para o seu oferecimento. A data da cota, após o *termo de vista*, na qual o representante do Ministério Público geralmente escreve “*denúncia em separado*” (pois a denúncia é dada em folha à parte, que vai ser junta aos autos logo após a autuação, iniciando a ação), requerendo, em seguida, as diligências que se impõem, não expressa evidentemente o oferecimento da denúncia, que exige o seu conhecimento em juízo.

O *termo de data* da entrega dos autos em cartório só vale, porém, para fixar o *oferecimento da denúncia* quando o representante do Ministério Público não despacha diretamente com o Juiz. Quando o faça antes da entrega dos autos em cartório com a denúncia, a data do oferecimento desta só pode ser então a do despacho proferido pelo Juiz, recebendo-a ou rejeitando-a.

Explica a irretratabilidade da representação, após o oferecimento da denúncia, o fato de ser pública a ação penal dela dependente e, portanto, necessária, indisponível.

40. Em outros países isso não ocorre. Na Alemanha, *v. g.*, o *Antrag* é retratável até o encerramento do processo por decisão transitada em julgado (*Die Zurücknahme kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens erklärt werden*) (Cód. Penal de 1871, atualizado a 2-1-1975, § 77, d); e, na Itália, *la querela proposta è irrevocabile* (somente em se tratando de crimes contra a liberdade sexual e a corrupção de menores) (art. 542 do Código Penal).<sup>97</sup>

41. Se, como já acentuado em nossas anotações ao art. 102 (n.º 19), a anulação da denúncia oferecida pelo Ministério Público, mediante representação do ofendido, dispensa, para a reinstauração do processo, nova representação, aquela pode ser retratada até o oferecimento da nova denúncia.

42. Em frente ao silêncio dos nossos Códigos sobre a indivisibilidade da representação do ofendido, favoravelmente a ela, opina ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (pág. 12, nota 10), e, nesse sentido, se vem inclinando a jurisprudência dos nossos tribunais, isto é, pela abrangência da mesma a todos os co-participantes do crime, ainda que só a alguns se refira.<sup>98</sup>

<sup>97</sup> Sobre a retratabilidade da representação do ofendido na legislação comparada, veja-se a monografia de nossa autoria *Da Ação Penal*, 2.ª ed., Forense, 1978, n.º 89.

<sup>98</sup> Ao acórdão do *Supremo Tribunal Federal*, citado à pág. 40 (nota 41) pelo ilustre Autor deste livro, acrescentamos os proferidos pela 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgando o recurso n.º 53.864, relatado pelo ilustre Desembargador ARRUDA SAMPAIO (Ementário Forense, Fevereiro, 1959, Ano XI, n.º 123); e pela 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal nos Rec. Extr. Criminal n.º 85.860 — Paraná em 1-4-1977, e *Habeas Corpus* n.º 56.215-9, Rio Grande do Sul, em 30-7-1978, relatados ambos pelo ilustre Ministro CORDEIRO GUERRA.

Discrepando dos arestos citados, decidi, entretanto, em 7-4-1970, a 1.ª Turma do S.T.F., julgando o Recurso de *Habeas Corpus* n.º

É o sistema imperante na Itália, por força do art. 123 do Código Penal: — “*La querela si estende di diritto a tutti coloro che hanno commesso il reato.*”

O sistema oposto é o vigorante na Alemanha.

Após a supressão do § 63 do Código Penal alemão,<sup>99</sup> que proibia a cindibilidade do *Antrag* (*nachdem das Verbot des § 63, den Antrag zu teilen, aufgehoben worden ist*), a jurisprudência firmou o princípio de sua divisibilidade.<sup>100</sup>

Assim, fica à vontade do ofendido, na hipótese de co-autoria, estender o *Antrag* a todos os co-autores ou limitá-la a um só deles (princípio da limitação pessoal do *Antrag*), ou, havendo pluralidade de ações puníveis, restringi-lo a uma parte das mesmas. Em caso de dúvida, porém, abrange o *Antrag* o fato na sua totalidade histórica com todas as possibilidades de apreciação (*steht es im Belieben des Verletzten, bei Täterschaft mehrerer den Antrag auf alle Mitwirkenden zu erstrecken oder auf einzelne Beteiligte zu beschränken (Grundsatz der persönlichen Beschränkbarkeit des Antrages...) oder beim Vorliegen mehrerer Handlungen die Bestrafung nur wegen eines Teils derselben zu verlangen...*;

<sup>99</sup> StGB, § 63. O *Antrag* não pode ser cindido. O processo judicial tem lugar contra todos os participantes da ação (autor e co-autor), bem como contra seus agentes favorizadores, ainda quando seja pedida a punição de apenas uma dessas pessoas. (*Der Antrag kann nicht getheilt werden. Das gerichtliche Verfahren findet gegen sämtliche an der Handlung Beteiligte (Thäter und Theilnehmer), sowie gegen den Begünstiger statt, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist*) in OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, 1900, *Erster Band*, pág. 285.

<sup>100</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1970, pág. 549.

47.836 — Alagoas, em acórdão relatado pelo saudoso Ministro RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO, que “se a representação a que alude o art. 39, § 2.º, do C.P.P. é vaga e imprecisa, sequer mencionando o nome do paciente, é de conceder-se a ordem impetrada, a fim de ser aquele excluído da denúncia, anulada, em consequência, a condenação contra o mesmo imposta”.

*im Zweifel erfasst der Strafantrag freilich den gesamten historischen Vorgang mit allen Würdigungsmöglichkeiten*).<sup>101</sup>

Eleito, pelo nosso *usus fori*, embora sem disposição expressa de lei, como existe na Itália, o princípio da indivisibilidade da representação do ofendido, também a retratação desta com relação a um só dos autores do crime a todos deve abranger.

43. Questão importante não abordada pelo ilustre Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO cifra-se na seguinte indagação: — Só se referindo o art. 104 do Código Penal, em exame, bem como o art. 25 do Código de Processo Penal, à retratabilidade da representação do ofendido, nada dizendo a respeito da requisição do Ministro da Justiça o nosso direito positivo, será ela irretratável após a sua emissão?

Pela afirmativa, opinam eminentes *scriptores iuris*,<sup>102</sup> baseando-se no denominado método de interpretação sistemática da lei, conjugando o § 1.º do art. 102 com o art. 104, ambos do Código Penal, reproduzidos, respectivamente, pelos arts. 24 e 25 do Código de Processo Penal.

Discordamos, *data venia*, valendo-nos, ao invés, da interpretação analógica da lei, em frente à retratabilidade da representação do ofendido.

Nem se argumente que a requisição do Ministro da Justiça é matéria de direito substantivo, à qual não se aplica o art 3.º do Cód. de Proc. Penal, que dispõe sobre a analogia. Esta, quando *in bonam partem*, também cabe em direito penal.

<sup>101</sup> MAURACH, *Deutsches Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. vollig neubearbeitete Auflage. Die neue Auflage fusst ausschliesslich auf dem 2. Strafrechtsreformgesetz (4.ª edição, baseada, exclusivamente, na 2.ª Reforma da Legislação Penal, a vigorar em 1. Oktober 1973), Karlsruhe 1971, § 74, B, pág. 944.

<sup>102</sup> FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio-São Paulo, 1961, vol. I, n.º 188, pág. 344; TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, 2.ª ed., Saraiva, 1977, vol. 2.º, pág. 331; e TOURINHO FILHO, *ob. cit.*, vol. 1.º, pág. 290.



Se a representação do ofendido é uma manifestação de vontade à qual está condicionado o exercício da ação pública, a requisição do Ministro da Justiça não vai além de um ato administrativo, cuja característica é justamente a sua revogabilidade.

Ora, se a *ratio essendi* da requisição do Ministro da Justiça é a de evitar que uma ação penal possa gerar funestas consequências políticas (vejam-se nossas anotações ao art. 102), subordinando-a, por isso, a um ato administrativo, que por sua própria natureza é revogável, como então negar a retratabilidade da requisição do Ministro da Justiça?

Se, *exempli gratia*, após haver o Ministro da Justiça requisitado uma ação penal pública, mirando a punição de um difamador de Chefe de Governo estrangeiro, por corrupção ou fato indecoroso, e, posteriormente, o *strepitus fori*, as manchetes dos jornais sobre o caso, dentro e fora de nossas fronteiras, estiverem a pique de conduzir a um rompimento de relações diplomáticas ou até mesmo a uma guerra, por que não se poder retratar a requisição? Um *casus belli* não é, *porventura*, um mal maior que a impunidade de um difamador?

Nem se pode vislumbrar, no silêncio de nossos estatutos penais sobre tão importante assunto, a *voluntas legis* no sentido de tornar irrevogável a requisição.

Se a lei quisesse isso, diria, expressamente, como fez o Código Penal italiano no art. 129 — “*la richiesta è irrevocabile*”. E se pretendesse a sua revogabilidade, também expressamente o diria, como o Código Penal alemão de 1871, atualizado a 2-1-1975 (§§ 77, e, 77, d, combinados), declarando revogável a requisição (*Ermächtigung*), até o encerramento do processo por decisão transitada em julgado (*Die Zurücknahme kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens erklärt werden*).

Nosso Código Penal em vigor, se silenciou sobre tão relevante assunto, o fez evidentemente porque o legislador brasileiro, que não ignorava seu modelo italiano, quis deixar à jurisprudência dos tribunais o desate da questão, não que-

rendo se comprometer, em frente às seguintes e dúbias considerações da Exposição de Motivos (*Relazione*) do Código Penal italiano, firmada por ALFREDO ROCCO:<sup>103</sup> “O Projeto declara a *richiesta* irrevogável. Tal revogabilidade encontra historicamente sua justificação, mais que em a natureza da *richiesta* (seu caráter de ato administrativo conduziria, antes, a afirmar-se sua revogabilidade), em considerações de índole política, acreditadas por uma já secular tradição, pelas quais a irrevogabilidade se estadeia como sinal de progresso do direito penal e meio aconselhado a subtrair a função de punir às flutuações dos partidos políticos. Não creio que este argumento histórico pese decisivamente para resolver o grave problema. Mantenho, não obstante, a regra da irrevogabilidade.”

A prova da veracidade de nossas conclusões, sobre a omissão do legislador brasileiro, estava na propositada permanência dela no Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578 de 1978, e no Projeto n.º 633/1975, do Código de Processo Penal, retirado do Congresso Nacional pela Mensagem n.º 295/1978, apesar de o Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Prof. HÉLIO TORNAGHI, na linha do Projeto ALCÂNTARA MACHADO (art. 113, § 3.º), já ter admitido expressamente a retratabilidade da requisição até o oferecimento da denúncia (art. 91), e nesse sentido haver sido aprovada tese no IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, realizado no Recife, de 2 a 8 de julho de 1970, mirando a emendar o revogado Código Penal de 1969.<sup>104</sup>

Finalmente, sobre o acerto de nossa opinião em considerar retratável a requisição do Ministro da Justiça em nosso

<sup>103</sup> ALFREDO ROCCO, jurista e professor ilustre, Ministro da Justiça na época (1930), apenas firmou a *Relazione* (Exposição de Motivos) do Projeto. A paternidade intelectual do mesmo é de seu irmão ARTURO ROCCO, professor insigne de Direito e de Processo Penal e um dos maiores expoentes do movimento renovador da ciência penal na Itália (ROCCO ALFREDO e ROCCO ARTURO in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1957, vol. XVI, págs. 248/249).

<sup>104</sup> Veja-se JORGE ALBERTO ROMEIRO JÚNIOR, *Requisição da Ação Penal*, verbete do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. DE CARVALHO SANTOS, vol. 49, Rio, s. d., págs. 289/290.

direito, não seria demais lastreá-la com a sensatez, a prudência e a sabedoria que presidiram o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, — Projeto Alternativo de Código Penal, elaborado por 24 eminentes professores alemães e suíços, do qual damos notícia detalhada em a nota n.º 32.

Esse Projeto ideal de Código Penal, considerando, com muita lógica jurídica, a precípua finalidade política da requisição do Ministro da Justiça (*Ermächtigung*), declara-a retirável até à publicação da sentença condenatória (*bis zur Verkündung einer verurteilenden Entscheidung zurücknehmen*) (§§ 96 e 95, combinados).

#### ART. 105

##### DIREITO COMPARADO (Atualização)

O Art. 29, 2, do vigente Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961), corresponde ao art. 22, 1, do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950), citado, à pág. 41, pelo ilustre Autor deste livro; e o art. 77, b, do Código Penal alemão, atualizado em 2-1-1975, manteve o conteúdo do art. 61, citado à mesma página, na parte focalizada pelo Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, à pág. 43: — “O prazo (de decadência) se inicia com o término do dia em que o titular do direito tem conhecimento do fato e de seu autor” (*Die Frist beginnt mit Ablauf des Tages, an dem der Berechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt*).

44. Decadência é a perda do exercício de um direito por se haver esgotado o prazo fixado na lei para tanto.

É uma causa de extinção de punibilidade elencada no inciso IV do art. 108 do Código Penal, juntamente com a prescrição e a perempção.

Vejam-se adiante nossas anotações a esse dispositivo legal, onde estabelecemos a diferença entre os três institutos jurídicos que menciona, sendo importante a existente entre pres-

crição e decadência, por assentarem ambas, exclusivamente, no decurso do tempo.

45. As causas mais freqüentes de decadência, no forum do Estado do Rio de Janeiro, são a confusão da queixa, que deve ser oferecida em juízo, com o requerimento para a abertura de inquérito policial nos crimes de ação privada (art. 5.º, § 5.º, do Cód. de Proc. Penal); a não adequação legal do instrumento do mandato do querelante (art. 44 do Cód. cit.); e a errônea contagem de seu prazo.

No primeiro caso, o querelante redige uma queixa e faz a entrega da mesma à autoridade policial para a abertura do inquérito. Encerrado este a autoridade policial remete-o para juízo e ali fica o inquérito aguardando a iniciativa do querelante, que, acreditando já haver oferecido a queixa, deixa escoar o prazo da decadência. A queixa, no segundo caso, é oferecida em juízo, mas a deficiência da procuração do advogado do querelante é tardiamente suprida, quando já ocorrida a decadência.

Ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, citado pelo Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, à pág. 43, nota 45, decidindo que o instrumento de mandato sem poderes específicos (art. 44 do Cód. de Proc. Penal) não pode ser retificado fora do prazo legal de decadência (art. 38), sendo inaplicáveis à hipótese, diversamente do entendimento do Tribunal Criminal de Alçada paulista, os arts. 568 e 569 do mesmo Código, juntamos o tópico abaixo, de acórdão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara), proferido a 26-12-1977, na apelação criminal n.º 16.211, de que fomos o relator: — “Nem vale o argumento do apelado, haurido da sentença recorrida, no sentido de o art. 568 do Código de Processo Penal permitir que seja sanada a todo o tempo a nulidade por ilegitimidade do procurador, mediante ratificação dos atos processuais, — o que ele apelado teria feito.”

“Dito artigo só poderia ser interpretado pela forma pretendida, anteriormente à vigência da Lei n.º 4.215, de

27-4-1963, que “dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”, abrangendo os feitos do juízo criminal e rezando no seu art. 70, §§ 1.º e 2.º, *verbis*:

“Art. 70. Salvo nos processos de *habeas-corpus*, o advogado postulará em juízo ou fora dele, fazendo prova do mandato, que pode ser outorgado em instrumento particular datilografado ou por termo nos autos. § 1.º. Afirmando urgência ou razão instante, pode o advogado apresentar-se sem procuração do cliente, obrigando-se, independentemente de caução, a exibi-la no prazo de quinze dias, prorrogável até outros quinze, por despacho do juiz ou autoridade competente. § 2.º. Os atos praticados ad referendum serão havidos como inexistentes, se a artificação não se realizar no prazo marcado”.

“Diante desse dispositivo legal, a *ilegitimidade de representante de parte* a que alude o art. 568 do Cód. de Proc. Penal não mais pode ser ampliada, como o foi por alguns acórdãos de nossos tribunais, até à chamada *representação voluntária* ou *por procuração*, limitando-se, a partir de sua vigência, só à *representação legal*, como, *in exemplis*, a do tutor, curador etc.” (*Revista de Jurisprudência* — Arquivos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, ano 11, 1978, n.º 16, págs. 294/295.)

A errônea da contagem do prazo da decadência deflui da circunstância de, dispondo também a respeito dela o art. 38 do Cód. de Proc. Penal, acreditar-se ter-lhe aplicação os §§ 1.º e 3.º de seu art. 798, que manda computar os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento e prorrogando-os até o dia útil imediato quando terminarem em domingo ou dia feriado.

Sendo o instituto da decadência de direito substantivo, por cometer ao ofendido, nos casos de ação penal privada, o poder de dispor, a seu talante, da *pretensão punitiva* (vejam-se nossas anotações à rubrica “Da Ação Penal” do título VII do Código), conta-se o seu prazo na forma do art. 8.º do Código Penal, *verbis*: “O dia do começo inclui-se no cômputo

do prazo. Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.”

Sobre a não aplicação à decadência do Cód. de Proc. Penal, decidiu acertadamente a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, no recurso criminal n.º 341, relatado pelo eminente Juiz POLINICIO BUARQUE DE AMORIM, no qual, a 7-8-1972, foi confirmada decisão do ilustre Juiz RAUL DE SAN TIAGO DANTAS BARBOSA QUENTAL que julgou extinta a punibilidade de um crime de adultério, porque o último dia do prazo para o ajuizamento da ação foi um domingo e só na segunda-feira imediata foi oferecida a queixa. O acórdão tem a seguinte ementa: — “Prazo de decadência não sofre suspensão, interrupção ou prorrogação. A queixa, cujo último dia do prazo de decadência recai em dia em que o foro não funciona, pode ser despachada pelo juiz criminal de plantão.”

46. Dispondo o art. 105 do Código Penal: “o ofendido decai do direito de queixa ou de representação, se não o exerce etc.”, é de indagar como se deve proceder nos casos em que seja incapaz o ofendido.

O Código de Processo Penal responde à indagação com o seu art. 38:

“Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu *representante legal*, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Verificar-se-á a decadência do direito de queixa ou representação, dentro do mesmo prazo, nos casos dos arts. 24, parágrafo único, e 31.”<sup>105</sup>

<sup>105</sup> O art. 29 do Cód. de Proc. Penal cuida da ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, e os arts. 24, parágrafo único, e 31 do mesmo Código dispõem que, no caso de morte do ofendido ou quando este é declarado ausente por

47. Devendo a queixa ou a representação ser oferecida pelo representante legal do ofendido incapaz, somente quando aquele e não este tem conhecimento de quem seja o autor do crime é que começa a correr o prazo da decadência.

A autonomia dos direitos de queixa e de representação do ofendido e de seu representante legal gerou a Súmula n.º 594 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, com referência aos arts. 30, 34, 50 e 52 do Código de Processo Penal e o seguinte enunciado: — “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal.”

A recente Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, ementada “altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7-12-1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689, de 3-10-1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n.º 3.688, de 3-10-1941) e dá outras providências”, abriu, porém, uma exceção ao enunciado da mencionada Súmula, quando a ofendida, nos crimes contra os costumes não cometidos com violência ou grave ameaça, casa com terceiro.

Neste caso, a ação penal privada iniciada por seu representante legal só poderá prosseguir com assentimento dela, dentro no prazo de sessenta dias a contar da celebração do casamento (nova redação do inciso IX do art. 108 do Código Penal).

43. Quando o ofendido, ignorando a autoria do crime de que foi vítima, morre ou é declarado judicialmente ausente, o termo inicial para o cômputo do prazo de seis meses da decadência do direito de queixa ou de representação de seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, é o dia em que os mesmos vêm a saber quem é o autor do crime.

Todavia, quando o ofendido, já conhecendo o autor do crime, mas sem haver exercido os seus direitos de queixa ou

---

decisão judicial, o direito de *representação*, de oferecer queixa ou prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.



de representação, morre ou é declarado ausente antes de decair desses direitos, o prazo de decadência para os seus substitutos (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão) conta-se a partir do dia em que teve ele ofendido ciência de quem foi o autor do crime.

A morte ou a declaração de ausência do ofendido não interrompem o prazo de decadência dos seus referidos direitos, que é contínuo.

49. O cômputo do prazo da decadência nos casos em que a ação privada pode ser intentada nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não apresenta denúncia no prazo legal, não oferece qualquer dúvida.

Nesses casos, dispõe a parte final do art. 105 do Código Penal, combinado com o art. 38 do Código de Processo Penal, que o ofendido, ou seu representante legal, decai do direito de oferecer queixa se não o exerce dentro do prazo de seis meses a contar do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

O referido prazo, estabelece-o o Código de Processo Penal no seu art. 46 e § 1.º:

“O prazo para o oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16),<sup>106</sup> contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

§ 1.º. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informação ou a representação.”

---

<sup>106</sup> Art. 16 do Cód. de Proc. Penal: — “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.”

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, reproduzia, quase *ipsis litteris*, no art. 105, o dispositivo de mesmo número do vigente, omitindo, entretanto, a parte final deste, relativa à decadência no caso de ação privada subsidiária, pois havia repudiado esse tipo de ação.

Reintegrava-a, todavia, no nosso sistema penal, o Projeto n.º 633/1975 de Cód. de Proc. Penal, retirado de sua tramitação, no Congresso Nacional, pela Mensagem 295/1978, consagrando-a no art. 7.º, cujo texto reproduzimos em nossas anotações ao art. 102 (n.º 28), dispondo, expressamente seu parágrafo único: — “A ação penal privada subsidiária deverá ser oferecida dentro de seis meses a contar do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia, sob pena de decadência.”

50. Vejam-se, ainda, nossas anotações ao art. 108, IV, sobre a diferença entre decadência, prescrição e perempção e, ao art. 111, sobre a aplicação à decadência do princípio *in dubio pro reo*.

## ART. 106

### E SEU PARÁGRAFO ÚNICO

#### DIREITO COMPARADO (Atualização)

Ao art. 64 do Código Penal alemão, citado, a pág. 46, pelo ilustre Autor deste livro, corresponde o art. 77, d, do mesmo Código, com as alterações que lhe foram introduzidas, segundo sua publicação a 2-1-1975 (*Bekanntmachung vom 2. Januar, 1975*).

Acontece, porém, que ditos artigos não se referem à renúncia do direito de queixa, mas à retratação da representação do ofendido (*Zurücknahme des Antrags*). Deveriam figurar sob a rubrica “Direito Comparado”, nos comentários ao art. 104.

A ação penal privada na Alemanha (*Privatklage*), como já esclarecido em nossas anotações à epígrafe “Da Ação Penal” (n.º 7), é tratada com exclusividade pelo Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung in der Fassung vom 7. Januar 1975*), que não cuida de uma renúncia ao direito de queixa, mas somente da retirada desta (*Klagerücknahme*), à semelhança do nosso perdão (art. 107), no § 391, *verbis*: — “A queixa pode ser retirada em qualquer fase do processo. Após o início do interrogatório do acusado, na audiência de julgamento em primeira instância, necessita, porém, de sua aquiescência” (*Die Privatklage kann in jeder Lage des Verfahrens zurückgenommen werden. Nach Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszuges bedarf die Zurücknahme der Zustimmung des Angeklagten*).

51. Por forma semelhante à do direito positivo alemão, acima referido, nossas leis penais anteriores ao Código Penal vigente e seus projetos, à exceção do de ALCÂNTARA MACHADO, não cogitaram da renúncia ao direito de queixa.

52. Dela tratou, pela primeira vez, no Brasil, o Código Penal vigente, incluindo-a entre as causas de extinção da punibilidade (art. 108, V) e dispondo no artigo em anotação sobre a mesma:

“O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.”

“Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.”

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, estatuiu sobre a renúncia no seu art. 106.

A renúncia, que é a perda do direito de queixa, por ação voluntária de seu titular, se diferencia nitidamente da decadência, que, ao invés, deflui da inação do mesmo, podendo

ainda ocorrer independentemente de sua vontade nos prazos previstos pela lei.

Inspirou-se o legislador do nosso Código no art. 124, 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> partes, do Código Penal italiano de 1930, que dispõe:

“O direito de querela <sup>107</sup> não pode ser exercido se dele tiver havido renúncia tácita ou expressa por parte daquele a quem competir o seu exercício.”

“Há renúncia tácita, quando quem tem a faculdade de propor a *querela* realizou fatos incompatíveis com a vontade de querelar.”

A renúncia expressa ao direito de queixa deverá sempre constar de declaração escrita, assinada pelo ofendido, ou seu representante legal ou procurador com poderes especiais (art. 50 do Código de Processo Penal), devendo a firma do signatário ser reconhecida por notário público.

53. A renúncia tácita, define-a o legislador como a prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa.

Sobre quais sejam esses atos, entretanto, não foi nem poderia ter sido explícita a lei, variando os mesmos de acordo com as circunstâncias pessoais, de lugar etc., somente apreciáveis em cada caso concreto.

Como exemplos de renúncia tácita figuramos os fatos de alguém, vítima dos crimes de injúria (arts. 140 e 145, combinados, do Código Penal) ou de exercício arbitrário das pró-

---

<sup>107</sup> Embora a *querela* não corresponda à nossa *queixa*, inexistente na Itália, mas à nossa *representação do ofendido*, não há falar, no Brasil, em renúncia ao direito da última. A *queixa* inicia a *ação penal privada* de que o ofendido é o titular exclusivo, o dono, o senhor absoluto, daí o seu direito de renunciar; enquanto que a sua *representação* é uma simples condição para o início da *ação penal pública*, cujo *dominus litis* é o Ministério Público. A *representação do ofendido* é retratável até o oferecimento da denúncia, mas não renunciável. O direito italiano é diferente do nosso. *Nei delitti punibili a querela della persona offesa*, tem o ofendido certa disponibilidade da *ação penal pública*, não só pela renúncia ao direito de *querela*, como, também, pelo perdão (*remissione*).

prias razões, sem emprego de violência (art. 345, parágrafo único, do Código cit.), convidar seu ofensor para padrinho de crisma ou casamento, homenagear-lhe com dedicatória impressa em edição de livro de sua autoria, ou, sendo mulher, dançar publicamente com ele a valsa de sua formatura. Estes mesmos fatos, quando praticados, após o início da ação penal privada, pelo querelante, servem de exemplo de perdão tácito.

“Os fatos que, elucida NELSON HUNGRIA,<sup>108</sup> por inconciliáveis com a vontade de exercer o direito de queixa ou de prosseguir no seu exercício, importam renúncia ou perdão tácitos (arts. 106, parágrafo único, e 107, § 2.º) devem ser *inequívocos, conscientes e livres*. Cumpre que traduzam uma verdadeira *reconciliação* ou o positivo propósito de derrelição do direito de queixa. Não tem relevância, por exemplo, as continuadas ou supervenientes relações de necessidade, de subordinação, de civilidade ou de conveniência social, intercedentes entre o ofendido e o ofensor, nem os meros atos de *humanidade* praticados por aquele em favor deste. Se o ofendido ainda ignora a existência do crime, nenhuma significação tem, no tocante à renúncia, a continuidade dos laços de estima entre ele e o ofensor. Quando obtidos por coação ou fraude, os atos de reconciliação carecem de qualquer valor jurídico.”

Um único caso previu a lei, com o fim, aliás, de possível errônea interpretação, no sentido de ser considerado como renúncia tácita, e foi o de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

Teve em mente o legislador que a ação cível para a reparação do dano independe da ação penal e não há necessidade mesmo de recorrer o ofendido àquela ação para ser indenizado do prejuízo que lhe causou o crime.

A renúncia tácita admite todos os meios de prova (art. 57 do Código de Processo Penal).

---

<sup>108</sup> Extinção da punibilidade em face do novo Código Penal *in* Revista Forense, vol. LXXXVII, Rio, 1941, pág. 591.

54. Como é evidente, o direito de queixa poderá ser renunciado pelo próprio ofendido ou, quando este incapaz, somente pelo seu representante legal, a não ser que se trate de menor que já haja completado 18 anos, caso em que a renúncia de seu representante legal não excluirá o seu direito de queixa, assim como a sua renúncia não excluirá o direito de queixa do seu representante legal. Esta exceção é expressamente prevista pela lei (art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Veja-se, sobre a autonomia dos direitos de queixa do ofendido e do seu representante legal, a Súmula 594 do Supremo Tribunal Federal em nossas anotações ao art. 105.

55. Na hipótese de morte ou ausência judicialmente declarada do ofendido, parece-nos, no silêncio da lei, que a renúncia deve resultar da vontade de todas as pessoas enumeradas na parte final do § 4.º do art. 102 do Código Penal, ou seja, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, sendo somente assim admissível a renúncia na hipótese focalizada.

56. Expressando um dos característicos primordiais da ação penal privada, que é a sua indivisibilidade (vejam-se nossas anotações ao art. 102, n.º 15), a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um dos autores do crime a todos se estenderá (art. 49 do Código de Processo Penal).

#### ART. 107

#### E SEUS §§ 1.º A 3.º

#### DIREITO COMPARADO (Atualização)

a) Foi suprimido o § 11 do art. 125 do Código Penal português, citado, à pág. 50, pelo ilustre Autor deste livro. Tratam do “perdão da parte” os incisos 4.º e § 6.º do novo art. 125 do vigente Código Penal. Apesar de, em Portugal, a Constituição de 1976 haver cometido, com exclusividade, o

exercício da ação penal ao Ministério Público (art. 224, n.º 1), se vem ali entendendo continuar em vigor a ação penal dependente de *querela*, *acusação* ou *requerimento particular*, em que “a intervenção do Ministério Público cessará com o perdão ou a desistência da parte acusadora” (art. 7.º, § 2.º, do Cód. de Proc. Penal).<sup>109</sup>

b) Código de Processo Penal alemão, atualizado em 7-1-1975 (*Strafprozessordnung in der Fassung vom 7 Januar, 1975*), § 391 (vejam-se nossas anotações ao art. 106, sob a rubrica *Direito Comparado*).

57. Para a atualização dos escólios do ilustre Autor deste livro ao dispositivo legal em anotação, muito pouco há ainda a dizer, além da ressalva que se segue.

Só de *lege ferenda* estamos de acordo com o eminente Professor, no sentido de, nos crimes de adultério, permitir-se “o perdão mesmo depois da condenação do culpado” (pág. 52). De *lege lata*, não. Além da inexistência de disposição legal a respeito, não conduzia, *data venia*, à sua conclusão o art. 323 do Código Civil, atualmente revogado e substituído pelo art. 46 da Lei n.º 6.515, de 26-12-1977, sobre o divórcio.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa, 1976, págs. 111 e segs.; ANTÔNIO PATACAS, *Código Penal e Código de Processo Penal Atualizados*, 2.ª ed., Lisboa, 1978, págs. 57/58 e 191/192; e BERNARDO GUIMARÃES FISHER DE SÁ NOGUEIRA, Juiz de Direito representante de Portugal no VI Congresso Internacional de Magistrados, realizado no Rio de Janeiro, de 28 de agosto a 2 de setembro de 1978, conforme informação oral que nos foi prestada.

<sup>110</sup> Lei n.º 6.515, de 26-12-1977 (Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências):

*Art. 46* — Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos em que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

*Parágrafo único.* A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens.



A permissão por aquele dispositivo legal do restabelecimento a todo o tempo da sociedade conjugal, fosse qual fosse a causa do desquite e o modo por que se o fizesse, em nada interferia com o perdão extintivo da punibilidade penal, pois a condenação pelo crime de adultério não tinha por consequência necessária o desquite, como hoje, também, não implica obrigatoriamente na separação judicial.

58. O anteprojeto HUNGRIA, na parte referida por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, no início da nota 62, à pág. 53, não foi aceito pelo Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, o qual, como o vigente, definiu o perdão tácito (art. 107, § 2.º).

59. Quando o ofendido é incapaz, quem perdoa é o seu representante legal.

Em se tratando, porém, de menor de 21 anos e maior de 18, abre a lei processual penal uma exceção: “O direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito” (art. 52).

Com respeito à aceitação do perdão, também é esta do representante legal do querelado, se for o mesmo incapaz. Quando, entretanto:

a) for o querelado “mentalmente enfermo ou retardado mental e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os do querelado, a aceitação do perdão caberá ao curador que o juiz lhe nomear” (art. 53 do Cód. de Proc. Penal);

b) ou conte o querelado menos de 21 anos e mais de 18, o perdão poderá ser aceito por ele ou por seu representante legal, mas a recusa de um só deles importará na do perdão (art. 54 do Cód. cit.).

Poderá o perdão ser, ainda, aceito por procurador, desde que conste da procuração poderes especiais para tanto (art. 55 do Cód. cit.).

60. Nas hipóteses de morte ou ausência judicialmente declarada do ofendido, estamos com o saudoso Professor e Ministro ARI FRANCO <sup>111</sup> em não dever ter efeito o perdão, senão quando concedido unanimemente pelas pessoas mencionadas no § 4.º do art. 102 do Código Penal, ou seja, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido.

61. Na hipótese de concurso de delitos, dependentes de queixa, o perdão por um deles não compreende os demais.

62. O queixoso que perdoa é o responsável pelas custas do processo.

A queixa perdoadada é irrenovável, em virtude da consequente extinção da punibilidade (art. 108, V).

Acentue-se, finalmente, que o perdão aqui tratado nada tem a ver com o *perdão judicial*, outra causa extintiva de punibilidade, que, adiante, será enfocada em nossas anotações à epígrafe do Código, “Da Extinção da Punibilidade” (n.ºs 72/76).

---

<sup>111</sup> *Código de Processo Penal*, vol. I (Rio, 1942), com. ao art. 36, pág. 87.

## TÍTULO VIII

## DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

ART. 108. Extingue-se a punibilidade:

DIREITO COMPARADO (Atualização)

Os arts. 30 e 57 do vigente Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961) correspondem ao art. 24 do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950), citado, pelo ilustre Autor deste livro, à pág. 57.

63. Uma das inovações dignas de louvor, sob o aspecto técnico-científico, do nosso estatuto penal de 1940, é a de haver substituído, pela rubrica “Da extinção da punibilidade”, a epígrafe já ultrapassada “Da extinção da ação penal e da condenação”, figurante em nossos códigos anteriores, comum e militar, e, ainda, em velhos vigentes diplomas penais alienígenas.

Justifica a novidade a Exposição de Motivos do Código, no item 35, pela forma seguinte: — “Preferiu-se esta rubrica à tradicional da *extinção da ação penal e da condenação*, que corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos. Foi igualmente enjeitada a epígrafe adotada pelo Código italiano, isto é, *extinção do crime e da pena*. Apesar da brilhante sustentação de MASSARI,<sup>112</sup> tal epígrafe tem numerosos adver-

---

<sup>112</sup> A referida sustentação de MASSARI foi vertida para o vernáculo e transcrita por COSTA E SILVA às págs. 336/338 do vol. II de sua assaz notável obra, intitulada Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado (São Paulo, 1933).

sários. O que se extingue, antes de tudo, nos casos enumerados no art. 108 do projeto, é o próprio direito de punir por parte do Estado (a doutrina alemã fala em *Wegfall des staatlichen staatsanspruchs*). Dá-se, como diz MAGGIORE, uma renúncia, uma abdicação, uma derrelição do *direito de punir* do Estado. Deve dizer-se, portanto, com acerto, que o que cessa é a *punibilidade* do fato, em razão de certas contingências ou por motivos vários de conveniência ou oportunidade política.”

64. Na verdade, após o movimento científico do processo, iniciado nos meados do século passado, com a celeberrima polêmica entre WINDSCHEID e MÜLLER, a respeito da *Actio* romana, à qual nos referimos atrás, anotando a rubrica “Da Ação Penal”, e que culminou com a proclamação da autonomia da ação pelos juristas PLÓSZ e DEGENGOLB, não há mais falar em extinção da ação penal.

É a *pretensão punitiva*, distinta do direito de ação, que se extingue com o decurso do tempo ou por outro motivo previsto pela lei. A ação, como direito de recorrer a juízo, ou de promover uma acusação, pode a qualquer tempo ser exercitada.

O simples raciocínio de que a *res judicata* não impede a instauração de uma ação sobre a *pretensão punitiva* já resolvida pelo julgado, e que é por meio de uma decisão que o juiz declara a *exceptio rei iudicatae*, espanca quaisquer dúvidas no sentido de ser a punibilidade e não a ação que se extingue.<sup>113</sup>

“A ação penal”, — reza a Exposição de Motivos do Código Penal italiano,<sup>114</sup> que, como o nosso, incompatibilizou cientificamente a locução *extinção da ação penal*, — “não é senão o meio através do qual se faz valer a pretensão punitiva e,

<sup>113</sup> MASSARI, *Lineamenti del processo penale italiano* (2.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1929), pág. 19.

<sup>114</sup> *Relazione al Re*, n.º 76, apud MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, edizione completamente aggiornata, Torino, 1950, vol. III, pág. 368, nota 1.

assim, se esta é extinta, aquela necessariamente não se pode exercitar; mas, para caracterizar corretamente um instituto, há de mister remontar ao princípio de que dependem as consequências e não deter-se em uma delas.”

Como bem observou, com aquela acuidade que lhe era tão peculiar, o saudoso e brilhante penalista Desembargador JOSÉ DUARTE,<sup>115</sup> “a causa da extinção não investe, nem contra a *ação*, nem contra a *condenação*, que, também, depois de extintas as penas infligidas, continua normalmente a produzir efeitos *civis* e *penais*. Se essas causas atingem o *direito de punir* do Estado, a pretensão jurídica à aplicação da lei penal e da pena, isto é, se referem às relações jurídicas punitivas nascidas do crime e não à relação jurídica processual derivada do início da ação penal, a exigência de uma retificação terminológica se impunha”.

65. A crítica de MAGGIORE<sup>116</sup> à rubrica “extinção do crime e da pena” do Código Penal italiano, mencionada no tópico acima transcrito da Exposição de Motivos do nosso Código, a qual levou o legislador brasileiro à preferência da epígrafe “Da extinção da punibilidade”, pode ser traduzida e condensada pela forma que vai adiante.

“Logicamente é um absurdo falar-se em extinção do crime. Este, como fato histórico, permanece sempre tal qual é. O princípio *factum infectum fieri nequit* (o que está feito não pode ser desfeito), nenhuma expressão legal é capaz de anular. A matéria admite destruição, não o acontecimento histórico, que traz o selo de um valor ideal. A morte de Cesar perdura como um assassinato, que nenhuma prescrição pode extinguir e cancelar. Nem vale o argumento em contrário de que se o fato histórico permanece, o crime se extingue como ente jurídico ... Basta considerar, *in exemplis*, seus efeitos civis, que as causas de extinção penal não logram anular... A pretendida extinção do crime, segundo a fórmula do có-

<sup>115</sup> Ob. cit., vol. V, pág. 116.

<sup>116</sup> *Diritto Penale*, Bologna, 1949, vol. I, tomo II, págs. 754/755.

digo, não vai além da extinção do poder de punir do Estado ou da punibilidade do crime.”

66. Embora o Código Penal alemão não reúna, sob uma rubrica, num só título, capítulo ou parágrafo, à maneira do nosso e de outros códigos, as causas de extinção da punibilidade, focalizam-nas, em seus livros, os mais eminentes penalistas germânicos,<sup>117</sup> sob as seguintes expressões genéricas: — *Wegfall des staatlichen Strafanspruchs* (extinção do direito público subjetivo de punir), *Wegfall der Strafe*, *Strafauflhebung* (extinção da penalidade), *Straftilungsgründe* (motivos da extinção da punibilidade).

67. Em boa hora a Lei n.º 6.578, de 11-10-78, revogou o Código Penal de 1969 (Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-1969), cuja vigência vinha sendo sempre procrastinada. Pois este diploma legal, apesar de haver copiado a epígrafe em comentário do Código Penal em vigor, não honrava a nova técnica por ela instituída, aludindo, lamentavelmente, nos arts. 110 e 111 e seus §§, a “prescrição da ação penal”, para caracterizar a prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença, seguido, aliás, nesse passo em falso, pelo Código Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.001, de 21-10-1964) nos arts. 124 e 125 e seus §§, o qual é passível da mesma crítica.

68. É certo que a tradição tem muita força e a mal-sinada locução “prescrição da ação penal”, que SCHÖNKE-SCHRÖDER<sup>118</sup> atribuem ao já superado direito processual penal dos franceses, traduzindo-a por *Verjährung der Strafklage*, não conseguiu ainda ser erradicada da nossa linguagem

<sup>117</sup> LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1927, § 74, pág. 423; MEZGER, *Strafrecht I. Allgemeiner Teil, ein Studienbuch*, München und Berlin, 1958, § 104, pág. 273; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1917, pág. 67; MAURACH, ob. cit., § 75, II, pág. 950, fala em *extinção da necessidade expiatória do direito de fruição* (*Sühnebedürfniss der Rechtsgenossen erlöschen*).

<sup>118</sup> Ob. cit., § 67, V, pág. 561.

forense, figurando até, *data venia*, neste livro, usada pelo seu ilustre Autor, e na Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal. Mas, presentemente, expressa só uma gíria ou jargão forense, que não deve ser transportado para o texto de um Código, realçado por um moderno colorido científico, no mosaico da legislação dos povos cultos.

69. A doutrina enformadora da rubrica “da extinção da punibilidade” do nosso Código, que, segundo ARTURO SANTORO,<sup>119</sup> se estadeia como a mais recente, não é, todavia, isenta de críticas. Argumenta ele que *punibilidade* traduz um conceito abstrato, é possibilidade de punição, não sendo, portanto, adequada para abranger a extinção da pena já infligida, como no caso, *v. g.*, da prescrição obstativa da execução da pena ou a hipótese da reabilitação.

— Não nos parece assistir razão ao brilhante Professor da Universidade de Pisa. Como muito bem elucida NELSON HUNGRIA,<sup>120</sup> defendendo a doutrina modeladora da epígrafe asseada, as causas de extinção, “quando supervenientes à condenação passada em julgado, extinguem a pena imposta, mas daí não é de inferir-se que, pelo menos em parte, seja tecnicamente justa a rubrica do Código italiano (que fala em extinção da pena). O *jus puniendi* não é unicamente o direito de exigir a imposição da pena cominada (*staatlichen Strafverfolgungsanspruch*), mas também o direito de reclamar a execução da pena imposta em concreto (*staatlichen Strafvollstreckungsanspruch*), e, assim, não há fragmentar-se o conceito das ditas causas: o que elas suprimem, sempre e imediatamente, é o direito ou poder de punir por parte do Estado, ou, o que vem a ser o mesmo, a possibilidade de aplicação da pena (a *Strafmoeglichkeit*, na expressão de GERLAND), a *punibilidade* de fato incriminado. A punibilidade abstratamente considerada (isto é, como possibilidade de

<sup>119</sup> *Estinzione del reato e della pena*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1957, vol. VI, pág. 992, n.º 3.

<sup>120</sup> *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, págs. 104/105.



aplicação da pena cominada) e a punibilidade *in concreto* (isto é, possibilidade de execução da pena realmente imposta) são aspectos do mesmo fenômeno".<sup>121</sup>

Nem se pode negar que diga respeito também à *extinção da punibilidade*, como sua consequência, até mesmo a reabilitação, na hipótese em que mais freqüentemente é requerida pelos condenados, ou seja, mirando, exclusivamente, à não menção, na sua folha de antecedentes, nem em certidões extraídas dos livros do juízo, das condenações por penas principais por eles já cumpridas (art. 748 do Cód. de Proc. Penal).

70. As causas de extinção da punibilidade não estão elencadas todas no art. 108 em anotação, que não as esgota, absolutamente. Outras lardeiam, aqui e ali, o texto do Código.

Identificamos, de acordo com NELSON HUNGRIA,<sup>122</sup> como ditas causas, a *desistência* e o *arrependimento eficaz* na tentativa (art. 13) e o *perdão judicial* (arts. 140, § 1.º, I e II; 176, parágrafo único; 180, § 3.º; 240, § 4.º, combinado com o art. 5.º e seus §§ da Lei n.º 6.515, de 26-12-1977;<sup>123</sup> 249, § 2.º; 121, § 5.º, e 129, § 8.º), sem falar nas causas extintivas condicionadas, isto é, a suspensão condicional da pena (arts. 59, § 4.º, do Cód. Penal, e 708, 709 e seus §§ do Cód. de Proc.

<sup>121</sup> Acorde em que também a *punibilidade* é vulnerada com as causas de extinção da pena, entendida, sob esse aspecto, como *punibilidade em concreto*, veja-se ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1955, vol. I, pág. 522.

<sup>122</sup> *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, págs. 105/106.

<sup>123</sup> Dispondo o art. 240, § 4.º, II, do Código Penal caber *perdão judicial* no crime de adultério, quando o querelante haja praticado qualquer dos atos previstos pelo art. 317 do Código Civil, que autorizava o desquite e, presentemente, estando revogado pela Lei n.º 6.515, de 26-12-1977, que dispôs sobre o divórcio, nem por isso perdeu esse último dispositivo citado seu vigor no campo penal, funcionando como norma remissiva (*norma di rinvio, Verhinderungsnorm*). O *perdão judicial* passou a caber ainda, por interpretação extensiva, nos casos em que o querelante haja praticado quaisquer dos atos previstos pelo art. 5.º e seus §§ da nova Lei n.º 6.515, de 1977, os quais autorizam a separação judicial.

Penal); e, com outros *scriptores iuris*, a morte anterior à ação penal (no curso da ação, estaria prevista pelos arts. 108, IV, do Cód. Penal, e 60, II, do Cód. de Proc. Penal, combinados) do cônjuge ofendido nos crimes de adultério (art. 240, § 2.º, do Cód. Penal) e nos de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 235, parágrafo único, do Código Penal), por serem ambos crimes de ação penal personalíssima;<sup>124</sup> a decretação da incapacidade do ofendido nesses mesmos crimes de ação penal privada personalíssima;<sup>125</sup> e a anulação de casamento mencionada no § 2.º do art. 235 do Código Penal, que pune a bigamia.<sup>126</sup>

71. RAIMUNDO MACEDO<sup>127</sup> impugna a última causa de extinção de punibilidade referida, argumentando com a cláusula final do § 2.º do art. 235, *in litteris*: — “anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, *considera-se inexistente o crime.*”

---

<sup>124</sup> Vejam-se: nossas anotações ao art. 102, § 4.º, n.º 29; BASILEU GARCIA, ob. cit., vol. I, tomo II, n.º 204, págs. 659/661; TOURINHO FILHO, ob. cit., vol. I, pág. 411; ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, às págs. 71/72, cita os Códigos Penais argentino (art. 74, *in fine*) e suíço (art. 214, *in fine*) como fazendo cessar, também, a execução da pena imposta pelo crime de adultério, com a morte do ofendido. Em nosso direito, entretanto, somente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, funciona a morte do ofendido como causa extintiva da punibilidade nos crimes de ação penal privada personalíssima, depois não.

<sup>125</sup> Vejam-se: nossas anotações ao art. 102, § 2.º, sobre o representante legal do ofendido, n.º 27; e TOURINHO FILHO, ob. cit., vol. I, pág. 411.

<sup>126</sup> FILADELFO DE AZEVEDO, Reflexos do novo Código Penal sobre o Direito Civil in Revista Forense, Rio, 1941, vol. 88, pág. 333; RAUL BARBOSA, Aspectos das Novas Leis Penais, Fortaleza, 1942, pág. 31; BASILEU GARCIA, ob. cit., vol. I, tomo II, n.º 202, págs. 654/655; TOURINHO FILHO, ob. cit., vol. I, pág. 411; e ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, citando acórdão, à pág. 69, nota 74, em rodapé.

<sup>127</sup> Da Extinção da Punibilidade, Ed. Revista Forense, Rio, 1946, n.º 16, págs. 30/31.

“Note-se”, — aduz ele, — “que o dispositivo fala em crime inexistente e não em pena *extinta*... Quando não existe crime, não há falar em punibilidade.”

Concordaríamos com o ilustre publicista e digno Desembargador quando a inexistência do crime não estivesse vinculada à vontade de um interessado na anulação de um dos casamentos.

Um dos casamentos pode ser nulo, e não somente anulável, mas sem ação judicial para declará-lo nulo, dentro nos prazos de decadência (art. 222 do Cód. Civil), o crime de bigamia perdura, com a sua punibilidade. Logo, o que a extingue inegavelmente, embora por via oblíqua, é a anulação de um dos casamentos a que alude o § 2.º do art. 235, levada a efeito por quem a lei concede interesse, e não à decorrente inexistência do crime.

Lamentamos ter de discordar, também, do insigne Prof. FREDERICO MARQUES,<sup>128</sup> seguido por TOURINHO FILHO<sup>129</sup> e DAMÁSIO E. DE JESUS,<sup>130</sup> quando inclui, entre as causas de extinção da punibilidade não elencadas no art. 108, a absolvição ou o cumprimento da pena no estrangeiro por brasileiro que ali haja praticado certos crimes, circunstâncias essas referidas no art. 5.º, II, *d*, do Código Penal.

Ora, a sentença absolutória é declaratória da inexistência de crime e o cumprimento da pena prova que se não extinguiu a punibilidade. Falar em expiação de pena como causa de extinção de punibilidade é coisa do passado, hodiernamente “atrasada”, parafraseando o mestre COSTA E SILVA.<sup>131</sup>

Demais, a conjugação das letras *d* e *e* do inciso II do mesmo art. 5.º elimina a primeira letra como causa de extinção de punibilidade, dentro na técnica ou por interpretação sistemática do nosso Código, pois, de acordo com a letra *e*,

<sup>128</sup> *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1962, vol. III, pág. 401.

<sup>129</sup> *Ob. cit.*, vol. I, pág. 411.

<sup>130</sup> *Direito Penal*, 2.ª ed., São Paulo, 1977, vol. I, pág. 583.

<sup>131</sup> *Ob. cit.*, vol. I, pág. 352.

não tem aplicação a lei brasileira, quando o agente foi perdoado no estrangeiro, “ou por outro motivo” (que não é, evidentemente, o da letra *d*) está “extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável”.

A letra *d* do inciso II do art. 5.º do Cód. Penal é, apenas, uma causa de inaplicabilidade da lei brasileira a certos crimes cometidos por brasileiro no estrangeiro e não, *data venia*, de extinção da punibilidade.

72. Das causas de extinção de punibilidade que acabamos de apontar como não elencadas no art. 108, uma delas — o *perdão judicial* — é muito controvertida pelos nossos *scriptores iuris* e juízes quanto ao modo de sua execução.

Há até quem lhe negue a natureza jurídica de causa de extinção de punibilidade.

Tudo deflui, entretanto e *data venia*, do ainda desconhecimento da *ratio essendi* do instituto, transplantado do Código Penal italiano de 1930 para o nosso Código vigente, como *avis rara*, cujo *nomen iuris* de perdão judicial nem sequer referiu e foi ignorado, por muito tempo, pelos nossos juristas.

JOSÉ DUARTE,<sup>132</sup> WILSON BUSSADA<sup>133</sup> e MIRANDA VALVERDE<sup>134</sup> denominaram-no, em livros de sua autoria, o primeiro, instituto do *arbitrio judicial em face das circunstâncias* e, os dois outros, da *isenção de pena*, ensejando mesmo essa inexistência legal de nome para o perdão judicial a asseveração de ESPÍNOLA FILHO,<sup>135</sup> de que o nosso atual estatuto penal consagrava “uma espécie de perdão judicial, a que não dá (va) essa denominação”. Nenhum desdouro há nisso, entretanto, para nós. Também na Alemanha, cujo Código Penal (*StGB*) omite uma denominação para o instituto e em virtude da

<sup>132</sup> *Comentários à Lei de Contravenções Penais*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1958, vol. II, n.º 502, pág. 160.

<sup>133</sup> *Contravenções Penais*, São Paulo, 1956, n.º 106, pág. 92.

<sup>134</sup> *Comentários à Lei de Falências*, 2.ª ed., Rio, 1950, vol. III, n.º 1.119, pág. 32.

<sup>135</sup> *Ob. cit.*, Rio, 1960, vol. 4.º, n.º 750, pág. 55.

fórmula empregada nos artigos que dele cogitam: — *kann von Strafe abgesehen werden* (pode ser feita a abstenção da pena); — vem sendo difundido, por alguns autores, com os nomes de *absehen von Strafe* (instituto da abstenção de pena); <sup>136</sup> *fakultativer Strafaufhebungsgrund* (facultativa escusa absolutória) <sup>137</sup> e *besonder Strafbefreiungsgrund* (especial motivo de dispensa de pena), <sup>138</sup> embora outros publicistas o denominem, acertadamente, *richterlich Guadenakt* (perdão judicial). <sup>139</sup>

73. Surgiu o *perdão judicial*, a par do instituto da *suspensão condicional da pena*, mirando, diversamente deste, não à suspensão de uma pena imposta, mas à não imposição de pena alguma, a fim de evitar a reincidência não pelo temor da prisão, mas pelo incentivo à sã vaidade dos autores de pequenos delitos de manterem *in albis* sua folha de antecedentes penais, que não fica maculada, apesar do perdoado crime cometido.

A grande característica de perdão judicial é, assim, a de, pela não imposição de qualquer pena ao autor de pequenos delitos, gerar nele um sentimento reflexo de bondade, de altruísmo, que o conduza, psicologicamente, a não prejudicar, com outro delito, o seu semelhante, que, na figura do juiz, tanto o beneficiou, não permitindo que seu nome venha a figurar no rol dos estigmatizados na sociedade pela prática de um ilícito penal, que, na realidade, praticou.

---

<sup>136</sup> SCHWARZ-SCHWARZ, *Strafgesetzbuch, einundzwanzigste, durchgearbeitete Auflage, München und Berlin*, 1958, pág. 324.

<sup>137</sup> HANS WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, sechste Auflage, Berlin*, 1958, pág. 422.

<sup>138</sup> EDMUND MEZGER, *Strafrecht, ein Studienbuch, II. Besonderer Teil, fünfte, unveränderte Auflage mit einem kurzen Nachtrag, München und Berlin*, 1956, pág. 253.

<sup>139</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág. 69; e MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe*, 1954, pág. 678.

A vantagem distintiva do *perdão judicial* sobre a do instituto da *suspensão condicional da pena* está justamente nessa sua característica apontada. Enquanto o perdoado tem grande interesse em conservar a sua *primariedade*, o beneficiado pela *suspensão condicional da pena*, embora fora do cárcere, sabe já a haver perdido, o que é de grande alcance psicológico, a fim de impedir, no perdoado, a reincidência.

Se pelo *perdão judicial*, ao invés de não se impor, fosse apenas suspensa uma pena, irrogada por condenação registrável na folha de antecedentes penais do autor do delito, jamais teria sido excogitado e legalizado esse instituto, que redundaria numa alteração inútil e para pior do da *suspensão condicional da pena*, que garantiria melhor a não reincidência, pelo menos dentro no prazo de suspensão da pena, pelo temor de sua revogação. É necessário não esquecer a circunstância de caber a *suspensão condicional da pena* em todos os casos em que a lei autoriza o *perdão judicial*.

O *perdão judicial* é um instituto diferente, *sui generis*, que pela sua focalizada e paradoxal característica no campo penal, levou ALFREDO ROCCO a assinalá-lo, na *Relazione Ministeriale* sobre o Projeto de Código Penal italiano de 1930, como *nel magistero punitivo, una deviazione della linea logica e fondamentale*, mas, segundo VINCENZO MANZINI,<sup>140</sup> um *istituto umanissimo*, capaz de produzir vantagens conspícuas não só em favor da prevenção da delinquência, mas do aprimoramento ético, em geral.

Eis porque, em face do que acabamos de expor, reproduzindo tópico de anterior e aprofundado estudo nosso sobre o *perdão judicial*,<sup>141</sup> os mais modernos penalistas germânicos,

<sup>140</sup> *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1950, vol. III, pág. 659.

<sup>141</sup> Nosso estudo sobre o *perdão judicial*, o primeiro a ser dado a lume no Brasil, a respeito do assunto, foi incluído pelo Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO na bibliografia de seus comentários ao art. 108, II (pág. 97), podendo ser consultado, inteiramente atualizado, em *Elementos de Direito Penal e Processo Penal* de nossa autoria (Ed. Saraiva, 1978) págs. 153/168.

repetindo os da Itália,<sup>142</sup> de onde importamos o instituto, acentuem todos que a sentença concessiva do perdão judicial deve dizer que o perdoado é considerado culpado, mas isento de pena (*Der Angeklagte wird für schuldig, aber für straffrei erklärt*),<sup>143</sup> não tendo especialmente lugar nenhuma anotação no registro de seus antecedentes penais (*insbesondere findet Keine Registereintragung statt*).<sup>144</sup>

Dai, também, o nosso Código Penal, ao tratar do perdão judicial (arts. 140, § 1.º; 176, parágrafo único; 180, § 3.º; 240, § 4.º; 249, § 2.º; 121, § 5.º; e 129 § 8), não usar a cláusula “o juiz poderá *SUSPENDER* a pena imposta”, mas o “juiz poderá *DEIXAR DE APLICAR* a pena”, à maneira dos códigos penais da Itália: — “*il giudice può, nella sentenza... ASTENERSI DAL PRONUNCIARE CONDANNA*” (art. 169); — e da Alemanha: — “o tribunal se *ABSTÉM DE IMPOR* pena” (*Das Gericht sieht von Strafe ab*) (§ 60).

74. Não vislumbramos, assim, *data venia*, senão num total desconhecimento da *ratio essendi*, da principal finalidade do perdão judicial, o sustentar-se, entre nós, que o juiz deve, na sentença concessiva dele, condenar, impor pena, julgá-la extinta (julgar extinta uma pena que a lei diz que o

<sup>142</sup> MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1950, vol. III, pág. 658/659; MARIO DUNI, *Il Perdono Giudiziale*, Milano, 1957, pág. 261; GIUSEPPE LAMPIS, *Perdono Giudiziale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. IX, pág. 840; LEONE, ob. cit., vol. II, págs. 129/130; e BELLAVISTA, *Perdono Giudiziale in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1965, vol. XII, págs. 928/931.

<sup>143</sup> KERN, *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, München und Berlin, 1960, § 49, IV, pág. 185.

<sup>144</sup> MAURACH, *Deutsches Strafrecht, ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 4 völlig neuarbeitete Auflage. Die neue Auflage fusst ausschliesslich auf dem 2. Strafrechtsreformgesetz (4.ª ed., baseada, exclusivamente, na 2.ª Reforma da Legislação Penal, a vigorar em 1.º de Outubro de 1973), Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1971, pág. 678; SCHÖNKE-SCHRÖDER, ob. cit., pág., 115; e PAUL BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (2., durchgesehene und ergänzte Auflage) München, 1975, § 39, pág. 256.



juiz não aplica), lançar o nome do condenado no rol dos culpados e cobrar-lhe as custas do processo.<sup>145</sup>

Como é possível falar em condenação, se o Código Penal diz que o juiz deixa de aplicar a pena? Poderá, porventura, existir sentença condenatória sem imposição de pena? Não, responde a lógica. Não, o art. 387, com o seu inciso III, do Código de Processo Penal.

Pior, ainda, é pretender-se que o juiz absolva o acusado ao conceder-lhe o perdão judicial.<sup>146</sup>

Então se cria, se elucubra um instituto jurídico novo, implexo, diferente, para que os juízes continuem a fazer o que nunca deixaram de fazer, desde que os Tribunais surgiram no espaço e no tempo, ou seja, absolver acusados? Há de mister não esquecer que a natureza jurídica de toda sentença absolutória é declaratória da não existência de um crime. Como então absolver de um crime que a própria sentença reconhece ter sido praticado pelo acusado? Não seria,

---

<sup>145</sup> DAMASIO E. DE JESUS, *Decisões Anotadas do Supremo Tribunal Federal em Matéria Criminal*, Ed. Saraiva, 1978, n.º 65, págs. 181/184; e RUY ARMANDO GESSINGER, *Perdão Judicial: É Condenatória a sentença que o concede*, in *Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977* (Questões Controvertidas), Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 67/70.

Curioso assinalar como esses dois ilustres juristas ainda indicam NELSON HUNGRIA e, o primeiro, também a FREDERICO MARQUES como participando de seu entendimento, quando, como, não poderia, aliás, deixar de ter acontecido, mudaram eles de opinião, no sentido do por nós sustentado, o que se verifica "Em Torno ao Anteprojeto de Código Penal — II", de NELSON HUNGRIA (in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara*, Ano I, Nova fase, n.º 4, janeiro-março, 1964, pág. 40); e em *Elementos de Direito Processual Penal*, de FREDERICO MARQUES, aderindo à lição de MARIO DUNI, vol. III, Forcnse, 1962, n.º 607, págs. 54/55 (veja-se, ainda, adiante, a nota 147).

<sup>146</sup> YOUNG DA COSTA MANSO e FRANCIS DAVIS, magistrados paulistas, citados por DAMÁSIO como liderando posição isolada na jurisprudência de seu Estado (ob. cit., pág. 183).

ainda, injurídico, *data venia*, cometer ao arbítrio, ao alvedrio, ao talante de um juiz uma absolvição? O Código não diz que o juiz *DEIXA*, mas *PODE DEIXAR* de aplicar a pena...

Demais, do art. 386 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a sentença absolutória, o único inciso que a admite por circunstância que exclua ou isente ao réu de pena (inciso V) não contempla, absolutamente, o perdão judicial, limitando-se, não exemplificativa, mas taxativamente, às hipóteses dos arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º, do Código Penal.

75. Corretamente, portanto, o juiz que aplica o perdão judicial deve, nas premissas da sentença, reconhecer a autoria e a culpa do acusado e, na sua parte dispositiva, sem impor qualquer pena, declarar somente que julga extinta a punibilidade pelo perdão judicial, que conseqüentemente impede:

- a) o reconhecimento da reincidência do perdoado, quando pratique outra infração penal;
- b) a aplicação de medidas de segurança;
- c) o pagamento das custas pelo perdoado e o lançamento do nome dele no rol dos culpados;
- d) e a execução da sentença, após o seu trânsito em julgado, no juízo cível, para o efeito de reparação do dano (Cód. de Proc. Penal, art. 63).

O perdão judicial, como é óbvio, não exclui o dever de reparação do dano no juízo cível, mas através de outro procedimento que não o executivo, previsto pelo art. 63 do Cód. de Proc. Penal.

A forma exposta de aplicação do perdão judicial e de suas conseqüências é a única possível, dentro do nosso direito positivo, conforme, aliás, concluiu a III Conferência Nacional de Desembargadores, realizada de 12 a 22 de setembro de 1965, na cidade do Rio de Janeiro, em comemoração a seu 4.º Centenário, promovida pelo ilustre jurista e então Presidente do Tribunal de Justiça do extinto Estado da Guanabara, Desembargador MARTINHO GARCEZ NETO, e vem procla-

mando a plêiade de esclarecidos publicistas que lhe penetraram o sentido,<sup>147</sup> a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>148</sup> e do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, hoje Estado do Rio de Janeiro.<sup>149</sup>

<sup>147</sup> NELSON HUNGRIA, *Em Torno ao Anteprojeto de Código Penal* — II (reconsiderando opinião anterior, expressa nos Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, Rio, 1955, vol. VII, pág. 273) in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, Ano I, Nova fase, n.º 4, janeiro-março, 1964, pág. 40; TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1978, 4.º vol., pág. 404; HELENO FRAGOSO, A reforma da Legislação Penal (corrigindo opinião anterior, expressa em Lições de Direito Penal, São Paulo, 1962, vol. II, n.º 471, pág. 428) in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, Ano I, Nova fase, n.º 3, outubro-dezembro, 1963, pág. 36; ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, Parte Geral, Forense, Rio-São Paulo, 1962, tomo 3.º, pág. 165; ROMÃO CORTES DE LACERDA, *Comentários ao Código Penal*, de parceria com NELSON HUNGRIA, Forense, Rio, 1947, vol. VIII, pág. 351, in fine; FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal* (corrigindo opinião anterior, expressa no Curso de Direito Penal, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 270), Forense, 1962, vol. III, n.º 608, págs. 54/55; ARNALDO SAMPAIO, *O Perdão Judicial* in *Revista Forense*, vol. 168, págs. 465/471; PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e ADA PELLEGRINI GRINOVER, *A Nova Lei Penal e A Nova Lei Processual Penal* (Comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977), São Paulo, 1977, págs. 81/82; e ANTERO RYFF LEIVAS, *O Perdão Judicial E A Não-Aplicação da Pena in Aplicação da Lei* n.º 6.416, de 24-5-1977 (Questões Controvertidas), Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 51/52.

<sup>148</sup> *Diário da Justiça da União*, de 13-4-1951, Apenso ao n.º 84, pág. 869; *Revista Forense*, 1952, vol. 141, pág. 395; c DAMÁSIO, ob. cit., n.º 65, pág. 131.

<sup>149</sup> Apelações Criminais n.ºs 16.424 (ac. de 27-3-1978), 16.703 (ac. de 19-4-78), 16.778 (ac. de 10-5-78), 16.891 (ac. de 10-5-78) e 16.623 (ac. de 15-6-78), a primeira relatada pelo ilustre Juiz GAMA MALCHER e por nós as demais. No mesmo sentido, veja-se, ainda, o acórdão de 5-2-60 da 3.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, proferido na apelação criminal n.º 20.871 (ISNARD DOS REIS, presidente; MENDES FRANÇA, relator; e HELI QUADROS) in *Revista dos Tribunais*, vol. 297, pág. 434.

O Código Penal de 1969 (Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-1969), defluente do anteprojeto NELSON HUNGRIA, referido à pág. 69, nota 74, por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, e revogado pela Lei n.º 6.578, de 1973, arrolava o perdão judicial no inciso V de seu art. 108, como causa extintiva de punibilidade.

76. Por derradeiro, cumpre esclarecer que não somente a imposição ou a execução de penas são defesas pelas causas de extinção da punibilidade, mas também as das medidas de segurança (art. 86 do Código Penal).

#### ART. 108, I

##### DIREITO COMPARADO (Atualização)

a) O Código Penal húngaro (Lei II de 1950), citado pelo ilustre Autor deste livro à pág. 72, cujo art. 24 dispunha sobre a extinção da punibilidade pela morte do agente, foi revogado pelo Código Penal da República Popular Húngara (Lei V de 1961), que repetiu o dito disposto no estatuto penal anterior, mas no art. 30, a.

b) Em virtude de alterações introduzidas no Código Penal português, foi eliminado o artigo que dispunha passar aos herdeiros do condenado a obrigação de pagar a multa quando a sentença condenatória transitava em julgado em vida dele, dispositivo esse citado pelo ilustre Autor deste livro, à pág. 85, como o de número 122, § 1.º, que presentemente trata da liberdade condicional.<sup>150</sup>

c) Também foi cancelado o parágrafo do Código Penal alemão que autorizava a execução no espólio do condenado (*Vollstreckung in den Nachlass*) da pena de multa (*Geldstrafe*), quando a sentença transitava em julgado durante sua vida (*wenn das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechts-*

---

<sup>150</sup> ANTÔNIO PATACAS, *Código Penal e Código de Processo Penal Atualizados*, Lisboa, 1978, pág. 56.

*kräftig geworden war*), ao qual evidentemente se refere o ilustre Autor do livro às págs. 85, *in fine*, e 86, *initio*, e era o § 30, que atualmente dispõe sobre a tentativa de participação (*Versuch der Beteiligung*).<sup>151</sup>

77. A expressão “morte do agente”, aludida à pág. 80 pelo ilustre Autor do livro, como figurante no anteprojeto HUNGRIA, foi transportada para o inciso I do art. 108 do Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578 de 1978.

78. Atualizando os escólios do ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, referentes ao inciso em anotação, lamentamos ter de divergir de algumas de suas opiniões.

A primeira é a de que, verificada a qualquer tempo a falsidade da notícia da morte do agente levada a juízo, se restabelece, para os necessários efeitos, a ação ou o cumprimento da pena (pág. 82, 2.º período).

A questão é, aliás, controvertida e, apoiando o Prof. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, além de COSTA E SILVA<sup>152</sup> e acórdãos de nossos tribunais,<sup>153</sup> há arestos e a conspícua opinião de eminentes processualistas estrangeiros, que mencionaremos adiante.

Com BASILEU GARCIA,<sup>154</sup> MAGALHÃES NORONHA<sup>155</sup> e DAMÁSIO E. DE JESUS<sup>156</sup> entendemos, porém e *data venia*, que

---

<sup>151</sup> DREHER, *Strafgesetzbuch*, 37., *neubearbeitete Auflage des von OTTO SCHWARZ begründeten Werkes*, München, 1977, pág. 138.

<sup>152</sup> Ob. cit., vol. II, pág. 340, nota 8.

<sup>153</sup> Acórdãos da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, proferido a 24-4-1972, na apelação criminal n.º 6.041 e subscrito pelo saudoso e grande magistrado RAUL DA CUNHA RIBEIRO (presidente e revisor) e pelos ilustres juizes FONSECA PASSOS (relator) e PEREIRA PINTO; e da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 16-5-1978, no HC 55.901-8, São Paulo, relatado pelo eminente Ministro CUNHA PEIXOTO (Diário da Justiça, de 29-9-1978, pág. 7.588).

<sup>154</sup> Ob. cit., vol. I, tomo II, pág. 665.

<sup>155</sup> Ob. cit., vol. I, pág. 375.

<sup>156</sup> Direito Penal, Parte Geral, Ed. Saraiva, 1977, vol. I, pág. 590.

uma vez transitada em julgado a decisão que julgou extinta a punibilidade pela morte do acusado, ainda que em virtude de falsa certidão de óbito, nada mais resta fazer senão acatá-la, uma vez que, em nosso direito, inexistente revisão contra o réu para anulá-la (revisão *pro societate*) e a Constituição Federal impõe o respeito à coisa julgada, que nem a lei pode prejudicar (art. 153, § 3.º).

Argumenta-se contra o nosso modo de ver:

a) Que a sentença que julga extinta a punibilidade pela morte do agente é, simplesmente, declaratória dessa morte. Que não é a sentença, mas a morte do agente que extingue a punibilidade.

Ora, não havendo morte, sendo falsa a certidão do óbito junta aos autos, a punibilidade não se extingue, apesar da sentença.

Os processualistas germânicos são incisivos a respeito.

“A morte do acusado sem mais nada” — escreve EBERHARD SCHMIDT<sup>157</sup> — “importa na terminação imediata do processo. Pois desaparece com essa morte um sujeito processual que, embora já houvesse existido com essa qualidade, individualiza de tal maneira a causa penal e, conseqüentemente, o processo, que a existência deste está condicionada à do acusado. A morte do réu não configura a falta de um pressuposto processual, nem um impedimento processual, que exijam, para o encerramento do processo, a necessidade de um despacho ou de uma sentença. O processo termina por si mesmo, sem a indispensabilidade de uma decisão judicial, que de qualquer forma sempre traduz uma declaração de vontade. Quando o Tribunal declara, oralmente ou nos autos, que o processo está encerrado pela morte do acusado, deve-se entender que só formalmente há uma decisão judicial, pois materialmente ela inexistente.” (*Der Tod des Beschuldigten bedeutet sofortiges Ende des Verfahrens ohne weiteres. Denn mit dem Tode des Beschuldigten entfällt ein Prozeszsubjekt,*

<sup>157</sup> *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen, 1964, n.º 149, págs. 102/103.*

*das, wenn es als solches schon vorhanden gewesen ist, die Strafsache und damit den Prozess in solcher Weise individualisiert, dass die Existenz dieses Prozesses durch das Vorhandensein des Beschuldigten bedingt ist. Der Tod des Beschuldigten ist also kein Mangel einer Prozessvoraussetzung, also kein Verfahrenshindernis, das eine Einstellung des Verfahrens durch Beschluss... oder durch Urteil... erforderlich macht. Das Verfahren ist vielmehr von selbst erledigt, so dass es einer Entscheidung des Gerichts, die ja immer auch eine Willenserklärungenthält, nicht mehr bedarf. Wenn das Gericht müdlich oder zu den Akten erklärt, dass das Verfahren durch den Tod des Beschuldigten erledigt sei, so mag das der Form nach wie ein Beschluss aussehen; der Sache nach aber liegt ein Beschluss nicht vor.)*

Igualmente, preleciona HEINRICH HENKEL, ilustre Professor de Direito da Universidade de Hamburgo: <sup>158</sup>

“Por força do princípio de que a responsabilidade penal é pessoal, a morte do réu põe fim ao processo pendente. Não necessita o processo, pouco importando a sua fase, para ser considerado sem objeto e, por conseguinte, anulado, senão de um ato formal de suspensão” (*“Aus dem Grundsatz der persönlichen Verantwortung folgt, dass der Tod des Beschuldigten dem schwebenden Strafverfahren ein Ende setzt. Das Verfahren, in welchem Stadium es sich immer befindet, wird gegenstandslos und damit hinfällig, so dass es eines förmlichen Einstellungsaktes nicht bedarf”*).

Pronunciando-se no mesmo sentido de que a extinção da punibilidade pela morte do réu não deflui absolutamente da força preclusa de qualquer decisão judicial que a proclame, mas do fato exclusivo da própria morte, KARL SCHÄFER <sup>159</sup> cita acórdão da Corte de Apelação de Hamm (*Oberlandesgericht*) assim ementado:

<sup>158</sup> *Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch*, Stuttgart, Berlin, Kohn, Mainz, 1968, § 40, pág. 182.

<sup>159</sup> Introdução (*Einleitung*) à 21.<sup>a</sup> edição de *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz (Grosskommentar)* de LÖWE-ROSENBERG, Berlin, 1963, vol. I, pág. 102.



“A morte do acusado nada tem a ver com a incapacidade para estar em juízo. Ela põe fim ao processo, com a sua só ocorrência, prescindindo de uma decisão de arquivamento” (*Der Tod des Beschuldigten hat mit Verhandlungsunfähigkeit nichts zu tun; er setzt dem subj. Verfahren ohne weiteres und ohne dass eine einstellende Entscheidung in Betracht käme, ein Ende*).

b) E que, ainda quando não se prescindisse de uma sentença para declarar extinta a punibilidade pela morte do acusado, ela não transitaria em julgado, seria juridicamente inexistente, pois faltar-lhe-ia uma base de fato, proclamando morte não ocorrida, segundo doutrina prevalente na Itália e aceita pela jurisprudência<sup>160</sup> que o Código de Processo Penal de 1930 encampou no § 3.º do art. 89, sob a epígrafe “*dubbio sulla morte dell'imputato*”, in verbis: — “*Se in seguito si accerta che la morte fu erroneamente dichiarata, la sentenza di proscioglimento non più soggetta ad impugnazione si considera come non pronunciata. Essa non impedisce l'azione penale per il medesimo fatto e contro la stessa persona, salvo che sia sopravvenuta una causa estintiva del reato o per la quale non si può procedere.*”

Ora, se, conforme a doutrina alemã e italiana, é a morte do réu que extingue a punibilidade e não a sentença que a declara, pois o acusado, na sua qualidade de parte, é inegavelmente um pressuposto não de validade, mas de existência da própria relação processual, que desaparece, sem mais nada, só com a sua morte, antes e independentemente de qualquer decisão declaratória dela, outro e bem diverso raciocínio se impõe quando não haja morte, mas, apenas, uma falsa certidão de óbito extinguindo a punibilidade.

Nos casos de morte do réu por fraude ou erro, a causa de extinção da punibilidade é somente a sentença que proclama a morte e não esta, que não aconteceu.

Assim, a sentença que julga extinta a punibilidade nos casos de morte fictícia tem existência não só formal mas

<sup>160</sup> Corte di Cassazione, 22, maggio, 1918.

material, pois sem a sentença, que aceitou como verdadeira a falsa certidão de óbito, não seria extinta a punibilidade, transitando ela, portanto, em julgado, como as demais decisões que assentam em prova falsa.

Nem, sem expressa ressalva legal, colhe a doutrina italiana, acima resumida *sub b*, de que a sentença fundada no erro de fato da morte fictícia é inexistente, não transitando, por conseguinte, em julgado.

Ao vingar tal asseveração, no estado atual de nosso Direito, a decisão que erroneamente julgasse extinta a punibilidade pela prescrição ou condenasse alguém por fato inexistente, igualmente não transitaria em julgado.

Peca, ainda, por nefelibatismo a exposta doutrina italiana, exigindo, para pressuposto da coisa julgada, uma verdadeira e exata base de fato, que equivaleria à verdade real ou absoluta, que não encontra necessária correspondência na verdade judicial ou certeza legal, consagrada pela *res judicata* justamente para suprir as dificuldades da obtenção daquela.

Despicienda se nos autolharia mesmo a autoridade da coisa julgada e toda a secular cogitação a seu respeito, se a realidade dos fatos, verdadeira e exata, estivesse ao alcance dos juizes.<sup>161</sup>

Concluimos, portanto, contrariamente ao ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, no sentido de, no Brasil, indiferente a sugestões do direito comparado, em que é prevista a absoluta ineficácia do julgado na hipótese focalizada, termos de curvar-nos ao trânsito em julgado da decisão que julga extinta a punibilidade do acusado baseada em falsa certidão de óbito, restando, apenas, processar-se, por *crimen falsum*, os responsáveis pela elaboração e pelo uso do documento destinado a provar o óbito fictício.

---

<sup>161</sup> Veja-se completa refutação a essa doutrina, defendida, na Itália, notadamente, por JANNITTI PIROMALLO (*La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1947, págs. 17/20) em "Revisão (Aspectos)", tese inserta in *Elementos de Direito Penal e Processo Penal* de nossa autoria (Ed. Saraiva, 1973, págs. 39/40).

Nem a inserção, em nosso estatuto processual penal, de um dispositivo semelhante ao § 3.º do art. 89 do Código de Processo Penal italiano, acima transcrito, seria possível, para afastar o nosso modo de ver.

Determinando a nossa Constituição, no § 3.º de seu art. 153, que *a lei* não poderá prejudicar a *coisa julgada*, que assegura como direito e garantia individual, seria inconstitucional qualquer dispositivo de lei que prescrevesse não transitar em julgado a decisão que declarasse extinta a punibilidade pela morte do agente.

Mirando a erradicar, dentro no âmbito de nosso direito positivo, os maléficos efeitos de uma decisão extintiva de punibilidade pela morte do acusado, baseada em prova falsa e transitada em julgado, veja-se "Morte Fictícia e Extinção da Punibilidade" em "Elementos de Direito Penal e Processo Penal" (Ed. Saraiva, São Paulo, 1978, págs. 201/208) de nossa autoria.

79. A outra opinião do ilustre Professor Autor deste livro de que discordamos, *data venia*, cerrando, aliás, fileira ao lado de BASILEU GARCIA, MAGALHÃES NORONHA, ROMÃO CORTES DE LACERDA<sup>162</sup> e RAIMUNDO MACEDO,<sup>163</sup> os dois primeiros por ele próprio indicados como seus opositores, às págs. 83/84 (nota 101), é a de que "a morte da mulher casada acusada de adultério extingue a ação, também, em relação ao co-réu" (pág. 82).

Opinião que tal, sustentável em frente ao art. 253 do nosso Código Criminal do Império,<sup>164</sup> é hoje indefensável em face do Código Penal vigente, segundo o qual a morte do agente, como causa extintiva do crime, é incomunicável (arts. 25 e 26).

---

<sup>162</sup> Ob. cit., pág. 350.

<sup>163</sup> Ob. cit., págs. 42 e segs.

<sup>164</sup> *Código Criminal do Império do Brasil, de 7-1-1831*:

*Art. 253.* A acusação por adultério deverá ser intentada conjuntamente contra a mulher e o homem, com quem ela tiver cometido o crime, se for vivo; e um não poderá ser condenado sem o outro.

A doutrina preconizada por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO imperou na Itália, *ex vi* de sua expressa acolhida pelo primeiro inciso (*comma*) do art. 563 do vigente Código Penal (*estinguono altresì il reato: 1.º la morte del coniuge offeso*) até dezembro de 1969, quando foram julgados inconstitucionais todos os dispositivos referentes ao crime de adultério (arts. 559, 560 e 563);<sup>165</sup> ano em que, também na Alemanha, foi suprimido (*aufgehoben*) o § 172 do Código Penal, sobre o adultério (*Ehebruch*), por lei de 25 de junho, que reformou ali o direito penal (1. *Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25-6-1969*).<sup>166</sup>

89. A morte do agente não descaracteriza os chamados crimes próprios.

Assim, no crime de peculato (art. 312), *v. g.*, a morte do agente funcionário público não acarreta a desclassificação do crime do co-réu não funcionário, para o de apropriação indébita (art. 168).

Nem, com a devida vênia de mestre NELSON HUNGRIA,<sup>167</sup> em matéria de competência jurisdicional, a morte do co-autor importa em deslocamento de foro. Se, *exempli gratia*, morre o agente, em virtude do qual e por força da continência (art. 77, I, do Cód. de Proc. Penal) está sendo processado em foro por prerrogativa de função co-réu que, absolutamente, não faz jus ao mesmo, a competência especial continua para ele. Igualmente não cessa a competência do Júri se, após o trânsito em julgado de sentença (art. 410 do Cód. de Proc. Penal) que, por força de conexão processual ou instrumental (art. 76, III, do Cód. cit.), pronunciou dois réus, um por homicídio e outro por lesões corporais, sobrevém a morte do primeiro.

<sup>165</sup> LATTANZI, *I Codici Penali con la Costituzione e Leggi Varie Annotati, ottava edizione aggiornata ad Aprile 1974, Milano*, págs. 756 e 758.

<sup>166</sup> SCHÖNKE-SCHRÖDER, *ob. cit.*, pág. 984.

<sup>167</sup> *Novas questões jurídico-penais*, Rio, 1945, pág. 108.

A inalterabilidade da competência deflui o princípio da *perpetuatio iurisdictionis* ou *perpetuatio fori*, denominado pelos processualistas germânicos da *manutenção da via judiciária e da competência* (*Erhaltung von Rechtsweg und Zuständigkeit*),<sup>168</sup> em virtude do qual, uma vez fixada a competência, ela se torna imutável, salvo quando a lei disponha em contrário, ou nas hipóteses de supressão do órgão judiciário, alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia.

O Projeto n.º 633/75 de Código de Processo Penal, cuja retirada do Congresso Nacional, por onde tramitava, já no Senado, foi determinada pela Mensagem n.º 295/78, consagra expressamente, à maneira do vigente Código de Processo Civil (art. 87), o dito princípio no art. 26, *verbis*: “Determina-se a competência no momento em que a ação penal for iniciada. São irrelevantes as modificações do estado de fato ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário, ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.”<sup>169</sup>

Outra novidade do Projeto a ser realçada, mais condizente, aliás, com a extinção da punibilidade pela morte do agente, era a criação de uma sentença declaratória negativa para a obtenção da absolvição do morto, no:

“Art. 450. No caso de morte do réu, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

---

<sup>168</sup> BAUMEACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 36., *neubearbeitete Auflage*, München, 1978, § 261, pág. 560.

<sup>169</sup> Vejam-se, a respeito: TORNAGHI, estudando *ex-professo* o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, Comentários ao Código de Processo Civil, sob a coordenação de SÉRGIO BERMUDEZ, Editora Revista dos Tribunais, 2.ª ed., São Paulo, 1976, vol. I, págs. 293/297, notas 60 e 61; *Instituições de Processo Penal*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1977, vol. II, págs. 120/124; FREDERICO MARQUES, *Da Competência em Matéria Penal*, São Paulo, 1953, § 41, pág. 230; e BENTO DE FARIA, *ob. cit.*, vol. I, pág. 151.

*Parágrafo único.* O sucessor do réu poderá pedir ao juiz que continue o processo. A decisão que vier a ser dada terá caráter meramente declaratório.”

81. ROBERTO LYRA<sup>170</sup> e RAIMUNDO MACEDO,<sup>171</sup> embora não discrepando do Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO em que a pena de multa se extingue com a morte do sentenciado e que a obrigação defluente dela se não transmite aos herdeiros, ressalvam, porém, a subsistência da caução real ou fidejussória a que aludem os arts. 40 e 690, II, respectivamente, dos Códigos Penal e de Processo Penal.

Estamos, *data venia*, com FREDERICO MARQUES,<sup>172</sup> ANIBAL BRUNO,<sup>173</sup> TOURINHO FILHO<sup>174</sup> e DAMÁSIO E. DE JESUS<sup>175</sup> em não lhes assistir razão alguma.

A caução não equivale ao cumprimento da pena com o pagamento da multa, em vida do sentenciado, como pretende RAIMUNDO MACEDO.<sup>176</sup> Se a multa está garantida por caução evidentemente paga não está.

82. Cumpre-nos, finalmente, acentuar que não somente a morte do agente extingue a punibilidade, mas, também a do ofendido nas ações penais personalíssimas.<sup>177</sup>

## ART. 108, II

### LEGISLAÇÃO (Atualização)

Os arts. 46, VIII, e 83, XX, parágrafo único, da Constituição de 1967, citados pelo ilustre Autor deste livro, o pri-

<sup>170</sup> *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1942, vol. II, n.º 19, pág. 144.

<sup>171</sup> *Ob. cit.*, pág. 48/49.

<sup>172</sup> *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 161.

<sup>173</sup> *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1969, vol. II, pág. 83.

<sup>174</sup> *Ob. cit.*, vol. I, pág. 413.

<sup>175</sup> *Direito Penal*, Parte Geral, Ed. Saraiva, 1977, vol. I, pág. 589.

<sup>176</sup> *Ob. cit.*, pág. 49.

<sup>177</sup> Vejam-se nossas anotações à rubrica “Da extinção da punibilidade”, n.º 70.

meio às págs. 160 e 161 e o segundo à pág. 203, nota 304, mudaram a numeração, respectivamente, para 43, VIII, e 81, XXII, e parágrafo único, por força da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, sofrendo alteração, em seu texto, apenas o referido parágrafo único, cuja redação primitiva era: — “a lei poderá autorizar o Presidente a delegar aos Ministros de Estado, em certos casos, as atribuições mencionadas nos itens... e XX”; — substituída pela seguinte, em vigor: — “O Presidente da República poderá outorgar ou delegar as atribuições mencionadas nos itens... e XXII deste artigo aos Ministros de Estado ou a outras autoridades, que observarão os limites traçados nas outorgas e delegações.”

83. A moderna distinção entre anistia, graça e indulto, conforme demonstrou ARTURO ROCCO, em famosíssimo estudo, intitulado *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto Penale Romano* (Torino, 1899),<sup>178</sup> cuja menção se impõe, pelo menos, aqui, resultou de teoria formada à base da *indulgentia principis* do direito penal romano.

84. Apesar do protesto do ilustre Autor deste livro (pág. 181), o vigente direito positivo brasileiro, como bem assinala o Prof. ROBERTO LYRA,<sup>179</sup> admite não só o indulto de penas aplicadas em decisões transitadas em julgado (indulto próprio), mas também de penas infligidas em decisões recorríveis e até mesmo antes de qualquer condenação (indulto impróprio).

A seus argumentos em prol do que assevera, de que não restringem o âmbito do indulto, às primeiras penas acima mencionadas, nem a Constituição nem o Código Penal, e regular a execução dele o Código de Processo Penal em outro título (IV) que não o “dos incidentes da execução” (título III); — adiciono o de referir-se a *réu* e não a *condenado* o art. 741

<sup>178</sup> Separata da *Rivista Penale*, vol. XLIX, fasc. I.

<sup>179</sup> *Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1944, vol. VI, pág. 368.



do último diploma legal citado (se o réu for beneficiado por *indulto*).<sup>180</sup>

Demais, inegável que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com suas Súmulas, constitui, praticamente, entre nós, fonte de direito;<sup>181</sup> sua orientação é nesse sentido há muitos anos, como bem esclarece a ementa, que transcrevemos adiante, de acórdão unânime de sua 1.<sup>a</sup> Turma, proferido no RE n.º 71.056-SP, datado de 4-12-1970 e relatado pelo saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI:

“O entendimento de que o indulto só pode ser concedido após transitar em julgado a sentença condenatória está em desacordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, iniciada antes de 1930 e recentemente mantida. Prevaleceu, já naquela época, o argumento de PIRES DE ALBUQUERQUE: se a concessão do indulto, pelo Poder Executivo, no curso da ação penal, fosse um desrespeito ao Poder Judiciário, porque importaria paralisar o braço da Justiça, maior desrespeito seria conceder o indulto após a palavra final da Justiça.”

“O Decreto n.º 65.775, de 1969, ao contrário de outros, não condicionou o indulto ao trânsito em julgado da sentença condenatória.”<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> O art. 734 do Cód. de Proc. Penal, referente à graça, alude a *condenado* e não a *réu*, estabelecendo com esse importante pormenor uma das diferenças, apontadas por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, à pág. 162, entre o indulto e a graça.

<sup>181</sup> HELY LCPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 6.<sup>a</sup> ed. atualizada, São Paulo, 1978, págs. 14/15; VITTORIO COLESANTI, *Giurisprudenza in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1961, vol. VII, n.º 5, págs. 1.104/1.106.

C § 20, 3, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) menciona, expressamente, a jurisprudência (*Rechtsprechung*) como vinculada à lei e ao direito (*an gesetz und Recht gebunden*). (REINHOLD MERCKER, *Grundgesetz — Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Stuttgart, 1961, pág. 20.)

<sup>182</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência (S.T.F.), vol. 56, pág. 530.

85. Diante dessa realidade, ensejou dúvidas sobre a sua constitucionalidade a cláusula final dos artigos terceiros dos últimos decretos sobre indulto, de n.ºs 78.800, de 28-10-1976, 80.603, de 24-10-1977, e 82.589, de 6-11-1978, ao disporem que tinham os mesmos aplicação também quando a sentença condenatória estivesse “em grau de recurso interposto somente pela defesa, e *sem prejuízo para o respectivo julgamento pela instância superior*”.

Entenderam alguns juízes e tribunais que, extinguindo o indulto a punibilidade, *ex vi* do Código Penal, que é uma lei federal (art. 8.º, XVIII, da Const.), não poderia um simples decreto do Executivo (art. 81, III, parte final, da Cons.) determinar, após a dita extinção, que fosse reexaminado o caso em superior instância pelo Judiciário.

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se tem pronunciado pela constitucionalidade da cláusula referida, com o argumento de que o indulto, ato de clemência coletiva, não exclui o interesse moral e o direito do acusado de ver reconhecida sua inocência pelos Tribunais, mediante o julgamento de recurso já interposto.<sup>183</sup>

A nosso ver, *data venia*, dita jurisprudência, na maioria dos casos, vem, ao invés, reversa aos interesses do indultado. Pois, se, após o indulto, a sentença condenatória, de que somente a defesa haja recorrido, é confirmada na instância superior e transita em julgado, o indultado que, na hipótese da prática de novo crime, não seria reincidente passará a sê-lo.

Nem vale argumentar, em contrário, que a decisão da instância superior seria meramente *declaratória negativa* para a obtenção da absolvição. Para entendimento que tal, haveria de mister disposição expressa de lei a respeito, como, *in exemplis*, o parágrafo único do art. 450 do Projeto n.º

<sup>183</sup> Acórdãos nos RE 71.056-SP, de 4-12-1970; RHC 50.871-SP, de 6-4-1973; e RECr. 87.819-O-RJ, de 5-5-1978, respectivamente, em Rev. Trim. de Jurisprudência (S.T.F.), vol. 56, págs. 530/532; e Diários da Justiça de 29-6-1973, pág. 4.727; e 5-5-1978, pág. 2.979.

633/75 do Cód. de Proc. Penal, cuja retirada do Senado foi determinada pela Mensagem 295/78, o qual transcrevemos nas anotações ao inciso anterior, n.º 80.

A focada jurisprudência, na realidade, só se reveste, sob o aspecto prático, em vantagem para o indultado, quando lhe possibilita uma eventual *revisão criminal*, por novas provas, a qual pressupõe decisão transitada em julgado.

O indulto também não impede o recurso extraordinário, segundo acórdão, não unânime, da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido a 28-4-1970, no RECr. 69.427-SP, relatado pelo eminente Ministro DJACI FALCÃO, assim ementado: — “A preliminar de não conhecimento do apelo derradeiro, por haver sido o recorrente beneficiado por indulto, não merece acolhida, pois equipara-se a sentença definitiva, para efeito do indulto, a decisão de que somente o réu tenha recorrido. Ademais, é ato de clemência coletiva, que não impede, inclusive, a *revisão*” (arts. 622 e 623 do Cód. de Proc. Penal).<sup>184</sup>

86. Sobre a aplicação do princípio *in dubio pro reo* à anistia, devem ser consultadas nossas anotações, adiante, ao art. 111 (n.º 135).

87. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, diversamente do Código vigente, não mencionava a graça como causa extintiva de punibilidade, no art. 108, II. “Extingue-se a punibilidade”, rezava o mesmo, “pela anistia ou indulto”.

Queremos crer que se mirou, com isso, a adaptá-lo à técnica da Constituição vigente (art. 81, XXII), que como a de 1946 (art. 87, XIX) se refere a *indulto*, omitindo a palavra *graça*, vocábulo este usado, com exclusividade, pela Carta Constitucional de 1937, quando da publicação do vi-

<sup>184</sup> Diário da Justiça de 11-12-1970, pág. 6.173. Veja-se, ainda, do STF, em sentido contrário, acórdão de 24-5-1943 in Revista Forense, vol. 96, pág. 395.

gente Código Penal: — “Compete ao Presidente da República... exercer o direito de graça” (art. 74, n).

Acontece, entretanto, que as nossas Cartas Políticas, segundo pacífico entendimento, usam o termo *graça* como abrangente de indulto e vice-versa.<sup>185</sup>

88. Encerramos estas anotações com a transcrição de parecer que emitimos, quando no exercício do cargo de Adjunto de Procurador da Fazenda Pública, fazendo a exegese da locução — “*anistia ampla*” — insita no art. 19 da Constituição de 16-7-1934, que a concedeu a todos quantos tivessem cometido crimes políticos até a sua data.

#### PARECER

1. Cumpre a esta Procuradoria opinar sobre o pedido de reconsideração do despacho do Sr. Presidente da República, datado de 21 de março de 1941, que mandou arquivar requerimento do tesoureiro pagador da D.F. em Mato Grosso, Heristaldo Salgado Guimarães, que adiante resumimos.

2. Em 1932, foi o requerente exonerado do seu referido cargo, por decreto de 17 de agosto de 1932, “de acordo com as atribuições contidas nos arts. 1.º e 8.º do decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930” (“Diário Oficial” de 20-8-1932, pág. 15.955), e, mais tarde, por decreto de 7 de novembro de 1934, readmitido no mesmo cargo, por força do decreto n.º 24.297, de 28 de maio de 1934, que concedeu “anistia aos participantes do movimento revolucionário de 1932” e deu outras providências, o qual rezava no seu art. 6.º, *verbis*:

---

<sup>185</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, 1974, vol. 2, pág. 148; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira* de 1946, 4.ª ed., Rio-São Paulo, 1943, vol. II, n.º 390, pág. 248; FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 434; e CARLOS TAVARES DE LYRA, *A Prerrogativa da Graça no Direito Brasileiro*, Rio, 1943, pág. 23.

“Não será admissível reclamação, judiciária ou administrativa, de vencimentos atrasados ou de suas diferenças ou de indenizações, seja qual for o fundamento.”

3. Entretanto, após a publicação desse decreto de anistia, datado de 28 de maio de 1934, mas anteriormente ao decreto de readmissão do requerente, de 7 de novembro do mesmo ano, fundado naquele, foi promulgada a Constituição de 16 de julho de 1934, que, no art. 19 de suas disposições transitórias, dispunha, *in litteris*:

“É concedida anistia ampla a todos quantos tenham cometido crimes políticos até a presente data.”

4. Frente a esta disposição constitucional, pleiteou o requerente o pagamento dos vencimentos que deixou de receber desde a sua exoneração até à sua readmissão, entendendo que o decreto n.º 24.297, de 28 de maio de 1934, havia sido ab-rogado pela Constituição aludida, que não impedia quaisquer reclamações de vencimentos atrasados, além de referir-se à *anistia ampla*.

Invocou, ainda, o requerente em seu favor o precedente do deferimento de outros pedidos idênticos ao seu, os quais enumerou.

5. Agora, pretendendo a reconsideração do despacho do Sr. Presidente da República que mandou arquivar seu pedido acima sintetizado, alega o requerente não haver tomado parte no movimento revolucionário de 1932, em São Paulo.

6. Sendo defeso ao anistiado, inocente ou culpado, reabrir o conhecimento público do fato, cujo olvido a anistia determina, deixaremos de apreciar, sob este aspecto, o pedido do requerente.

7. Limitar-nos-emos a examinar o conteúdo do seu primitivo requerimento, que encontra solução na das seguintes questões:

a) — qual o âmbito dos efeitos da anistia, silenciando a lei sobre os mesmos? e,

b) — qual o significado da locução *anistia ampla*?

8. Solucionando a primeira questão, duas correntes se disputam a primazia na doutrina, uma no sentido de limitar aos efeitos penais os decorrentes da anistia, quando diversamente não disponha a lei; a outra estendendo amplamente os efeitos do *jus oblivionis*, a ponto de abranger até à restauração de soldos e vencimentos dos anistiados, pelo tempo em que estiveram afastados de seus cargos, por exoneração ou cumprimento de pena; avolumando ambas as correntes, como *magnae partes*, brilhantes e eruditos pareceres emitidos por esta Procuradoria.

9. Sustentam a primeira citada doutrina Guido Zanobini ("*Le sanzioni amministrative*", Turim, 1924, pág. 169, n.º 61), Jèze ("*Principes généraux du droit administratif*", 1925, pág. 424), Vincenzo Manzini ("*Trattato di diritto penale*", vol. III, Turim, 1934 — XII, pág. 358, n.º 614), Girolamo Penso ("*Amnistia*" in "*Nuovo Digesto Italiano*", vol. I, Turim, 1937 — XVI, pág. 412, n.º 14), e, entre nós, Benedicto Costa (veja-se parecer junto às fls. 10/15 do processo do Ministério da Fazenda n.º 87.515/936, anexado ao presente) e Aloysio de Carvalho Filho ("Comentários ao Código Penal", vol. IV, Rio, 1944, pág. 127, n.º 50).<sup>186</sup>

10. Propugnam pela segunda, Dorado Monteiro (*apud* Cuello Calón, "*Exposición del Código Penal reformado de 1932*", Barcelona, 1933, pág. 187), Francisco Campos (parecer in "Diário Oficial" de 9 de outubro de 1934, pág. 20.731) e Jorge de Godoy (parecer junto às fls. 6/9 do processo n.º 87.515/936, anexado a este).

11. Alijado, para a solução do problema jurídico em tela, o argumento *ex auctoritate*, em face das antagônicas opiniões dos citados juristas de prol, sentimo-nos, por isso, inteiramente à vontade, a fim de emitir o nosso parecer.

12. Estamos pela delimitação dos efeitos da anistia ao campo exclusivamente penal, *exempli gratia*, não reconheci-

---

<sup>186</sup> Vejam-se as págs. 151 e segs.

mento da reincidência e direito ao *sursis* em outro crime que o anistiado venha a cometer etc., silenciando a lei sobre quaisquer outras consequências.

13. Ainda que se pretenda, muito avançadamente, não ser a anistia um ato de clemência: — “*act of oblivion or forgiveness, blotting out the supposed offence, and relieving the parties from all actual or supposed criminality*” (Thomas M. Cooley, “*The general principles of Constitutional Law*”, Boston, 3.<sup>a</sup> ed., 1898, págs. 115, *in fine*, e 116, *initio*); — mas, tão-somente, medida de interesse público, uma vez que “*mira essenzialmente a eliminare cause di rancori e passioni d'indole politica, nelle circostanze in cui ciò contribuisce utilmente alla pace sociale*” (Manzini, ob. cit., vol III, pág. 363, nota 2); — não obstante, pensamos pela forma externada e as razões vão adiante.

14. Em primeiro lugar, concedendo a anistia, o Estado não retifica um erro, não proclama uma injustiça, nem tutela *direitos*, — protege apenas *interesses*, para servir-nos das expressões técnicas de Laband (“*Le droit public de l'Empire Allemand*”, vol. I, Paris, 1900, pág. 239) e Jellinek (“*System d. Subjektiven öffentlichen Rechte*”, Freiburg, 1892, pág. 78, n.º 1).

15. Em segundo lugar, se incumbisse ao Estado restaurar soldos e vencimentos de funcionários seus anistiados, *a fortiori* deveria indenizar também ao particular, sem o que estabeleceria privilégios em favor daqueles, os quais sempre foram vedados pelas nossas *Magnae Chartae*.

16. Em terceiro lugar, se ao legislador, ao invés de ampliar para além das fronteiras do campo penal as consequências da anistia, quando conviesse ao Estado, cumprisse restringi-las, a elaboração da lei tornar-se-ia difícil e morosa pela responsabilidade na previsão de seus inúmeros efeitos, o que atentaria contra a primordial finalidade do ato, que é a sua oportunidade, quando não o impedisse, o que se nos antolha um mal.



17. Demais, hodiernamente, dentro do nosso *jus positum*, já se discute mesmo se a anistia extingue o crime e a intercorrente condenação ou só a execução da pena imposta (vejam-se: Raimundo Macedo, "Da extinção da punibilidade", Rio, 1946, pág. 72, n.º 30); e Nelson Hungria, "Extinção da punibilidade em face do Novo Código Penal" in "Revista Forense", vol. LXXXVII, 1941, pág. 585).

18. A resposta à segunda questão formulada, sob a letra b, no item 7, deflui, a nosso ver, da solução que alvitramos para a anterior.

19. *Anistia ampla ou plena* é a que extingue todos os efeitos penais do crime, impondo-lhe completo esquecimento e contrapondo-se, assim, à denominada *anistia restrita*, ou seja, a que deixa perdurar alguns dos efeitos referidos.

20. Nestas condições, entendemos que o art. 19 das disposições transitórias da Constituição de 1934, que não dilatou expressamente para além das lindes do campo penal a anistia ampla que concedeu, não beneficiou por qualquer forma ao requerente, já anistiado anteriormente pelo decreto n.º 24.297, de 28 de maio de 1934.

21. Opinamos, todavia e *data venia*, favoravelmente ao pedido de reconsideração em tela, por motivos de equidade.

22. Como salientou o requerente, já mereceram deferimento vários pedidos, exata, perfeitamente iguais ao seu (vejam-se processos n.ºs 45.325/935, req. de Joaquim Pessoa Cavalcanti de Albuquerque; 58.872/935, req. de Horácio Cândido dos Santos Lemos; 87.515/936, req. de Paulo Carlos de Abreu, processos esses anexados ao presente; e n.º 89.423/935, req. do Professor Waldemar Ferreira).

23. Finalmente e mirando a lastrear nossa conclusão, passamos a transcrever a do brilhante e equânime parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. João Domingues de Oliveira, apreciando hipótese rigorosamente idêntica à do caso *in specie*, no processo n.º 29.037/1938:

“Inutilmente, daqui, da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública se contrariou a pretensão relativa a esses pagamentos, sustentando-se que a anistia, embora ampla, somente fazia cessar os efeitos penais, não conferindo ao funcionário por ela beneficiado o direito ao estipêndio integral referente ao tempo do seu afastamento da atividade ou por demissão proveniente da participação em movimento revolucionário ou em crime político.

“A doutrina assim defendida ficou sem ter quem a sufragasse, já no Ministério da Fazenda, já no Tribunal de Contas, onde as despesas respectivas se registraram em dezenas de processos, contando-se, entre estes, os de n.ºs 100.667, de 35, e 89.423, de 35.

“Uniformemente, em todos eles sustentaram os interessados e venceram, com apoio no parecer do Consultor-Geral da República, FRANCISCO CAMPOS, inserto à pág. 20.731 do Diário Oficial de 9 de outubro de 34, que a anistia concedida pela Constituição de 16 de julho, no art. 19 das suas disposições transitórias, sendo ampla não admitia qualquer dúvida de que os beneficiara sem qualquer restrição e, destarte, a fazenda particular de cada um deles não podia ser prejudicada pelo ato administrativo que a desfalcou dos proventos integrais dos cargos por eles ocupados.

“Se realmente foi demitido o suplicante por ser partícipe de um movimento político e se depois foi anistiado, revindo à sua antiga função de agente fiscal do imposto de consumo, não merece que se lhe reserve tratamento diferente daquele que, até agora, sem discrepância, se deu a militares e paisanos que pegaram em armas e combateram por motivos políticos, acabando anistiados amplamente, ou melhor, sem perder um real dos vencimentos que teriam recebido se estivessem efetivamente no serviço das suas funções.”

É o nosso parecer, *sub censura*.

Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, em 27 de agosto de 1947.

(a) Jorge Alberto Romeiro — Adjunto de Procurador.

## ART. 108, III

89. A *lex mitior* deve conter sempre normas de direito intertemporal sobre sua aplicação, não somente a fim de evitar dúvidas quanto a esta, mas, ainda e principalmente, para afastar sérios problemas de ordem administrativa, como os recentemente gerados pela Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, que, omissa das ditas normas, alterou “dispositivos do Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7-12-1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3-10-1941), da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688, de 3-10-1941)” e deu outras providências.

Cancelando da linguagem técnica do nosso estatuto penal a locução “reincidência específica” e eliminando-a como causa obrigatória de aumento especial de pena<sup>187</sup> e, ainda, instituindo a reincidência provisória por cinco anos (art. 46 e seu parágrafo único), a nova lei ameaçava de sobrecarregar os tribunais de 2.ª instância das capitais dos Estados, principalmente das cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, de um volume assustador e invencível de revisões criminais (arts. 621, I, 2.ª parte, III, e 626, do Cód. de Proc. Penal).

Importando a aplicação da Lei 6.416, de 1977, sobre reincidência, em uma nova mensuração de penas, em frente a um total reexame da prova de processos findos, ela não estaria, evidentemente, ao alcance dos juizes de 1.ª instância das Varas de Execução Penal, notadamente quando teriam de ser revistos inúmeros acórdãos, para o que lhes faltaria até competência.

Nem mesmo o Código Penal de 1890, que dispunha, expressamente, sobre competência em matéria de direito intertemporal, permitia inversão que tal da hierarquia judiciária, rezando no parágrafo único de seu art. 3.º: — “Se fará a aplicação da lei nova, a requerimento da parte ou do Ministério Público, por simples despacho do juiz *ou tribunal*, que proferiu a última sentença.”

<sup>187</sup> Vejam-se nossas anotações, adiante, ao art. 120 (n.º 155).

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, numa demonstração de bem compreender seu papel pretoriano, ladeou e resolveu praticamente bem o problema, carreando para o nosso moderno direito o velho *ius honorarium*, que fez a grandeza do Direito Romano.

Por analogia com o art. 13 e seus §§ da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Lei n.º 3.931, de 11-12-1941),<sup>188</sup> cuja vigência há muito que se esgotou, a nossa mais alta Corte de Justiça, através de sua jurisprudência,<sup>189</sup> atribuiu competência ao incompetente juízo das execuções penais para aplicar a nova lei aos fatos julgados por decisão condenatória irrecorrível, mesmo quando de tribunais de 2.ª instância, mas com recurso em sentido estrito para esses tribunais.

90. No que tange a medidas de segurança, devem ser elas canceladas quando relacionadas com o desaparecimento da reincidência, pela aplicação, como *lex mitior*, da Lei n.º 6.416, de 1977.

Estamos de inteiro acordo com HELENO FRAGOSO<sup>190</sup> em que às medidas de segurança se deve também aplicar a *lex*

---

<sup>188</sup> Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.931, de 11-12-1941):

ART. 13. A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2.º e seu parágrafo do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público.

§ 1.º. Do despacho caberá recurso, em sentido estrito.

§ 2.º. O recurso interposto pelo Ministério Público terá efeito suspensivo, no caso de condenação por crime a que a lei anterior comine, no máximo, pena privativa de liberdade, por tempo igual ou superior a oito anos.

<sup>189</sup> RHC. 55.872-SP, 2.ª T., 13-12-77; HC. 56.301-5-RJ, 1.ª T., 19-6-78; RECr. 89.787-9-SP, 2.ª T., 22-8-78; e RECr. 89.020-3-SP, 2.ª T., 25-8-78, respectivamente, in Diários da Justiça, de 3-3-78, pág. 968; de 1-9-78, pág. 6.469, de 15-9-78, pág. 6.991; e de 6-10-78, pág. 7.783.

<sup>190</sup> Atualização dos Comentários ao Código Penal de NELSON HUNGRIA, Forense, Rio, 1977, vol. I, tomo I, n.º 18, pág. 238.

*mitior*, apesar de silenciarem sobre as mesmas os arts. 1.º e 2.º e seu parágrafo único do Código Penal e, na forma do art. 75, deverem ser regidas “pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”.

O último dispositivo legal citado é fruto peço de já desmoralizada concepção de se não confundirem pena e medida de segurança. A afinidade prática de ambas é hoje indiscutível, explicando, segundo mestre HUNGRIA,<sup>191</sup> o fato de, em quase todos os países, cujos Códigos adotaram as duas sanções (duplo binário), não se haver cuidado da instalação dos preconizados institutos de segurança, não passando ditos códigos, nesse particular, de legislações de fachada.

Aos §§ 1.º e 2.º, 6, citados por HELENO FRAGOSO, respectivamente, dos Códigos Penais austríaco de 1974, em vigor desde 1-1-1975, que equipara as medidas de segurança à pena, para os efeitos da reserva penal; e alemão, atualizado em 2-1-1975, que já ressalva a aplicação da *lex mitior* à medida de segurança, acrescentamos:

A) O § 1.º, 2, do Código Penal ideal (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*), a que já nos referimos ao anotarmos a rubrica “Da ação penal” (n.º 7, nota 32), *in verbis*:

“§ 1.º Nenhuma pena, nenhuma medida de segurança sem lei (*Keine Strafe, keine Massregel ohne Gesetz*).”

“(2) Uma medida de segurança somente pode ser imposta, se era legalmente prevista antes do fato ser iniciado (*Eine Massregel kann nur verhängt werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen war, bevor die Tat begangen wurde*).”

---

<sup>191</sup> *Novos rumos do Direito Penal* (in NELSON HUNGRIA — HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1977, vol. I, tomo I, pág. 286), estudo em que NELSON HUNGRIA, em matéria de medidas de segurança, retorna à sua primitiva posição de unitarista (veja-se MADUREIRA DE PINHO, *Medidas de Segurança*, Rio, 1938, págs. 12/13).

B) e o § 359, 5, do Código de Processo Penal alemão, atualizado em 7-1-1975, que autoriza a revisão criminal a favor dos condenados (*Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten*) quando novos fatos ou meios de prova são trazidos, os quais, isoladamente ou em combinação com as provas anteriores, possam dar lugar à absolvição do acusado ou, por aplicação de uma lei penal menos severa, à pena menor ou modificação essencial na decisão sobre medida de segurança ou de reeducação. (*Wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines mildereren Strafgesetzes eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Massregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind.*)

#### ART. 108, IV

##### DIREITO COMPARADO (Atualização)

a) O Código Penal russo de 1926 foi revogado pelo Código Penal da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de 27-10-1960, que não reproduz os dispositivos daquele, citados, às págs. 234 e 235 (nota 351), pelo ilustre Autor deste livro.

b) Foi eliminado o § 10.º do art. 125 do Código Penal português, citado à pág. 244.

c) Os arts. 97 e 98 do Código Penal belga, referidos à pág. 245, foram ab-rogados pelo art. 31 da Lei de 9-4-1930, sobre defesa social.

d) E o Código de Instrução Criminal francês, que é de 1808, foi substituído pelo *Code de Procédure Pénale* de 31-12-1957, cujo art. 763 reproduz, com ligeiras alterações, o art. 635 do primeiro, citado à pág. 245, sobre a *interdiction de séjour*, consistente na proibição de residir em determinado lugar.

91. Ressalvando nossa discordância, pelos motivos já expostos nas anotações supra à rubrica “Da Extinção da Punibilidade”, com a locução “prescrição da ação”, usada pelo ilustre Autor deste livro (págs. 223, 225, 228, 229, 237, 263 e outras), começemos por informar que nossas leis penais anteriores ao Código vigente não distinguiam, explicitamente, a *decadência* da *prescrição*.

Dispunha o art. 275 da Consolidação das Leis Penais:

“O direito de queixa privada *prescreve* findos seis meses, contados do dia em que o crime for cometido.”

E rezava o art. 48 do Decreto n.º 24.776, de 17 de julho de 1934, que regulava a liberdade de imprensa:

“§ 1.º. O direito de queixa por esses crimes (calúnia e injúria) *prescreve* no prazo...”

“§ 2.º. A prescrição da ação penal interrompe-se pela sentença condenatória, e *suspende-se, bem como a do exercício do direito de queixa*, pela notificação de que trata o art. ...”

92. A vigente Lei n.º 5.250, de 9-2-1967, que “regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação”, continuou a não fazer distinção entre os prazos de prescrição e decadência, dispondo no seu art. 41:

“§ 1.º. O direito de queixa ou de representação *prescreverá (o prazo é de decadência)*, se não for exercido dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão.

“§ 2.º. O prazo referido no parágrafo anterior será interrompido (*o prazo de decadência não sofre interrupções*)...”

Na qualidade de Presidente da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, tivemos oportunidade de focalizar o assunto, relatando o Recurso Criminal n.º 326, em acórdão, cuja transcrição se segue.

“Vistos e relatados estes autos de Recurso Criminal n.º 326, em que figuram, como Recorrente, Casas Oliveira S.A. e, como Recorrido, Armando Nogueira:

Acordam os Juízes da Primeira Câmara do Tribunal de Alçada, unanimemente, em lhe negar provimento.



Em frente aos parágrafos abaixo transcritos do art. 41 da Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), *in verbis*:

§ 1.º O direito de queixa ou de representação prescreverá, se não for exercido, dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão.

§ 2.º O prazo referido no parágrafo anterior será interrompido:

a) pelo requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação, e até que este seja indeferido ou efetivamente atendido;

— a decisão recorrida julgou extinta a punibilidade do recorrido, “pela decadência” do direito de queixa do recorrente, atendendo:

a) a que medeou mais de três meses entre a data em que teriam sido praticados, através da televisão, os crimes contra a honra do recorrente atribuídos ao recorrido (7 de janeiro de 1971) e a data do oferecimento da queixa (15 de maio posterior);

b) e a que o pedido de notificação judicial para explicação, previsto pelo art. 25 da citada lei, o qual fez distribuir o recorrente a 4 de fevereiro de 1971 e se encontra às fls. 7/9, não está implícito, como alegado por ele, na letra *a* do § 2.º do art. 41 acima reproduzido.

Insiste o recorrente, no presente recurso, haver interrompido o prazo de três meses estabelecido no § 1.º do art. 41 com seu pedido de explicação, junto às fls. 7/9, diante do disposto na letra *a* do § 2.º do mesmo artigo; atribuindo à decisão recorrida confusão entre os institutos da decadência e da prescrição.

O parecer da douta Procuradoria da Justiça é no sentido de ser denegado o recurso (fls. 68/9).

Nenhuma confusão fez a sentença recorrida, ao aludir à decadência do direito do recorrente.

Na verdade, um prazo de três meses para o só exercício do direito de queixa ou representação é de decadência e não

de prescrição, porque, unicamente, preclui, impede o exercício do referido direito, não aniquila um direito (direito de ação), como faz a prescrição.

A Lei de Imprensa é que, por haver estabelecido no § 2.º do art. 41 causas de interrupção do focado prazo, resolveu denominá-lo de prescrição, porque o prazo de decadência, em boa doutrina, não pode ser interrompido.

Melhor seria que a lei denominasse de decadência o referido prazo, dando outra redação ao § 2.º do art. 41, sem falar em interrupção, como, *in exemplis*:

*O prazo referido no parágrafo anterior só começará a correr, entretanto, quando houver:*

a) *requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação da data de seu indeferimento ou atendimento efetivo (art. 29, § 2.º) etc.*

Impossível, ainda, sustentar-se que o pedido de notificação judicial para explicação está abrangido pela letra a do § 2.º do art. 41.

Ali, fala a lei em requerimento judicial de publicação de resposta ou pedido de retificação, coisa muito diversa do pedido de notificação judicial para explicações.

Estas, quem as formula é o ofensor, enquanto que a resposta ou retificação, o próprio ofendido; sendo ainda bem diferentes os procedimentos de ambos os pedidos (vejam-se os arts. 25 e 29).

Ora, as causas de interrupção da prescrição penal, como ninguém ignora, são sempre previstas taxativa e não exemplificativamente pela lei.

Nem seria em demasia transcrever, finalmente, aqui, escólio do Professor DARCY ARRUDA MIRANDA, ao § 2.º do art. 41, haurido de seus *Comentários à Lei de Imprensa* (vol. II, S. Paulo, págs. 500, 501, 1969):

“Acontece que o prazo de decadência não se interrompe, entretanto o atual legislador entendeu de transformar a decadência em prescrição, estabelecendo, no § 2.º do art. 41, casos de interrupção do *direito de queixa ou de representação*.

Entre estes não se encontra o pedido de explicações. O *requerimento judicial de publicação de resposta*, que é uma das causas de interrupção, só se aplica ao *direito de resposta propriamente e explicação* é esclarecimento, não resposta.”

Custas *ex lege*.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 1972.

— Jorge Alberto Romeiro, Presidente e Relator; Orlando Leal Carneiro; Buarque de Amorim.”<sup>192</sup>

93. Alguns *iuris scriptores*, entendendo que é difícil conseguir-se uma definição precisa do que seja a *decadência* e a *prescrição*, para bem extremá-las, preferem não distingui-las.<sup>193</sup>

Outros pretendem ser clara como a luz meridiana a diferença entre os dois institutos.

Os últimos dividem-se em dois grupos.

Para os do primeiro grupo, a *decadência* impede o exercício de um direito (*v. g.*, o direito de representação), enquanto que a *prescrição* só diz respeito ao exercício da ação,<sup>194</sup> ou, por outras palavras, hauridas de acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido pela sua 2.<sup>a</sup> Turma, em 9-5-1947, no RE n.º 4.693 — RJ, do qual foi relator o Ministro OROSIMBO NONATO, com votos vencidos dos Ministros HAHNEMANN GUI-

<sup>192</sup> Arquivos do Tribunal de Alçada, GB, n.º 9, ano V, 1973, págs. 282/283.

<sup>193</sup> MELUCCI, *Ist.*, pág. 799 e segs.; TOESCA, in *Giur. it.*, 1909, pág. 1.209 e segs. *apud* ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil* — Trad. da 6.<sup>a</sup> edição italiana por ARY DOS SANTOS, vol. I (São Paulo, 1934), pág. 335; CARLOS MAXIMILIANO, “Decadência” in *Direito*, vol. I (Rio, 1940), págs. 41-42; e MELQUIADES PICAÇO, “Ligeira contribuição ao estudo da decadência e da prescrição”, in *Jornal do Comércio*, de 7 de fevereiro de 1943.

<sup>194</sup> CÂMARA LEAL, *Da Prescrição e da Decadência* (São Paulo, 1939), n.º 72, págs. 122-123, e *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I (São Paulo, 1942), n.º 151, pág. 179; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações* (Curitiba, 1908), n.º 421, pág. 515.

MARÃES e EDGARD COSTA: <sup>195</sup> — A decadência aniquila o direito *imediatamente* e a ação *mediatamente*, ou seja, por via de consequência; enquanto que a prescrição faz o inverso, extingue *diretamente* a ação, aniquilando, *por resultância*, o direito.

Assim, segundo os referidos juristas, nos casos em que o exercício do *direito* e da *ação* coincidem, como, *verbi gratia*, no do *direito de queixa* nas ações penais privadas, o prazo estabelecido na lei para o início da ação é de *decadência* e não de *prescrição*, porque não somente o foi para aquele início, mas também para o exercício de um direito. <sup>196</sup>

Os juristas do segundo grupo estabelecem a seguinte e mais precisa diferença entre prescrição e decadência, a qual adotamos:

A prescrição é uma penalidade infligida à inércia do titular de direito. Não provada a negligência, desaparece a prescrição. E tanto é assim, que há causas que suspendem e interrompem o curso da prescrição.

Por que, na forma do art. 116, I, do Código Penal, não corre a prescrição “enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”? Porque o surgimento das *questões prejudiciais* não resulta da negligência do titular do direito, que não pode assim ser punido por inércia.

Por que, segundo o art. 117, I, do mesmo diploma legal, o curso da prescrição é interrompido pelo recebimento da denúncia ou da queixa? Em virtude de o oferecimento da queixa ou da denúncia demonstrar não serem negligentes o querelante e o representante do Ministério Público, no exercício do direito de ação penal, de que são titulares.

Na hipótese de decadência, não há falar em pena, nem necessariamente em inércia do titular do direito. A lei fixa

<sup>195</sup> *Diário da Justiça* de 28-10-1948 — Apenso, pág. 2.885.

<sup>196</sup> CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, vol. I (São Paulo, 1942), n.º 151, pág. 179; e *Da prescrição e da decadência* (São Paulo, 1939), n.ºs. 77-79, págs. 130-134.

um prazo fatal para o exercício de um direito, que caduca se seu titular não o faz valer, atendendo, exclusivamente, ao decurso do tempo, sem qualquer consideração de outra ordem, como negligência, impossibilidade de fato, transação etc. Dai ser contínuo o prazo da decadência, não sujeito a suspensão, nem interrupção.

Perfilham essa distinção entre prescrição e decadência, que é de NICOLA COVIELLO,<sup>197</sup> ROBERTO DE RUGGIERO e FULVIO MAROI,<sup>198</sup> HAHNEMANN GUIMARÃES, EDGARD COSTA<sup>199</sup> e HÉLIO TORNAGHI.<sup>200</sup>

Distinguem-se ainda a *prescrição* e a *decadência* no seguinte:

a) O prazo da primeira está sujeito a suspensões e interrupções, sendo contínuo o da segunda;

b) enquanto a prescrição deriva exclusivamente da lei, a decadência deflui da lei e da vontade do homem.<sup>201</sup>

Na prática, nenhuma dificuldade existe para bem diferenciar a *decadência* da *prescrição* no campo do direito penal.

O exemplo que vai a seguir, onde faremos a *prescrição* anteceder à *decadência*, para melhor extremá-las, é bastante dilucidativo.

Mévio destrói o automóvel de Tício (crime de dano, em que somente se procede mediante queixa: arts. 163 e 167, combinados, do Código Penal). Tício, entretanto, só vem a saber que Mévio foi autor da destruição do seu automóvel

---

<sup>197</sup> *Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale, seconda edizione riveduta e messa al corrente dal Prof. LEONARDO COVIELLO, Milano, 1915, § 150, pág. 484.*

<sup>198</sup> *Istituzioni di Diritto Privato, ottava edizione rinnovata secondo il nuovo codice, vol. I, Milano, 1950, pág. 165.*

<sup>199</sup> Votos vencidos no acórdão supracitado da 2.<sup>a</sup> Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 4.693-RJ in Diário da Justiça de 28-10-1948 — Apenso, pág. 2.885.

<sup>200</sup> *Instituições de Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1977, vol. 2.º, págs. 41 e segs.

<sup>201</sup> GARILLI, *Prescrizione, decadenza e perenzione*, Milano, 1913, pág. 3, n.º 2.

quinze meses após a mesma, momento em que começaria a correr o prazo para o exercício do seu direito de queixa contra Mévio (art. 105 do Código Penal), que era menor de 21 anos na data do crime (art. 115 do Código Penal). A punibilidade de Mévio já estaria então extinta pela prescrição que, na hipótese, seria de um ano apenas, a partir do dia em que o crime se consumou (arts. 105, 109, n.º VI, 111, letra a, e 115, combinados, do Código Penal).

Os projetos SÁ PEREIRA (revisto) e ALCÂNTARA MACHADO, bem como o Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, estabeleciam, expressamente, a diferença entre os prazos de prescrição e decadência.

94. A perempção, embora instituto tipicamente processual, tanto que seus casos, respeitantes todos ao movimento do processo e à manutenção do *animus querelandi*, estão previstos pelo art. 60 do Código de Processo Penal,<sup>202</sup> assume,

---

<sup>202</sup> *Código de Processo Penal:*

*Art. 60.* Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

*I* — quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

*II* — quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

*III* — quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato de processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

*IV* — quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

*Art. 36.* Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.

*Art. 31.* No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

não obstante, por via de consequência, caráter de direito material, em virtude de estar elencado entre as causas de extinção de punibilidade, figurantes no art. 108 do Código Penal.

Assim, decretada a perempção e fluindo ainda o prazo de decadência da ação, esta só não pode ser renovada porque, conseqüentemente, é extinta a punibilidade, por força do dispositivo em anotação. É a velha *exceção peremptória* do título 50, do livro III, das Ordenações Filipinas, que, segundo Teixeira de Freitas, extinguiu não somente a ação, mas o direito de ação, de acordo com a linguagem técnica da época.<sup>203</sup>

A perempção só tem lugar em se tratando de ação penal privada, não indo além de uma punição à inércia do querelante. Portanto, quando o processo fica paralisado por mais de 30 dias seguidos sem culpa sua, como, *v. g.*, em mãos do juiz para despachar requerimento seu, não há falar em perempção.

Na ação penal privada subsidiária (art. 102, § 3.º, do Cód. Penal) inexistente perempção, pois à negligência do querelante segue-se necessariamente a retomada da ação pelo Ministério Público, como parte principal (art. 29 do Cód. de Proc. Penal).

Como corolário da participação da natureza de direito substantivo pela perempção, *ex vi* do inciso IV do art. 108 do Código Penal, é defeso ao Supremo Tribunal Federal aumentar, diminuir ou alterar suas hipóteses, previstas pelo art. 60 do Código de Processo Penal, nos feitos de sua competência originária (art. 119, § 3.º, letra c, da Constituição vigente, com suas Emendas); e, no caso de vir a ser modificado, por nova lei, o dito artigo, ter ela efeito retroativo quando funcionar como *lex mitior*.

---

<sup>203</sup> Veja-se AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS SENIOR, *Vocabulário Jurídico*, Rio, 1883, pág. 305, com remissão a JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUZA, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil* (Acomodadas ao Foro do Brasil até o ano de 1877, por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS), Rio, 1906, § CXLII, nota 312, págs. 98/100.



Outra consequência é a de não caber na exegese da perempção a analogia *in malam partem*, preconizada por TOURINHO FILHO, quando, por analogia com o art. 60, II, do Código de Processo Penal, pretende que a cada sucessor do querelante que desista da instância ou a abandone (art. 36 do Cód. cit.) se deva conceder um prazo de 60 dias para outro prosseguir na ação.<sup>204</sup>

Se o sucessor do querelante, por desistência da instância ou seu abandono, deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos, ocorre a perempção, não havendo como admitir-se a abertura de qualquer novo prazo para o prosseguimento do processo.<sup>205</sup>

95. Em matéria de prazos, porém, considerando o estreito relacionamento das normas sobre perempção com o andamento do processo e a previsão delas, inclusive quanto à delimitação dos prazos da própria perempção, no Código de Processo Penal, estamos de acordo com RAIMUNDO MACEDO<sup>206</sup> e TORNAGHI,<sup>207</sup> em que, excepcionalmente, devam ser regulados pelo dito Código (art. 798 e seus §§) e não pelo Código Penal (art. 8.º), aplicando-se-lhes também a Lei n.º 1.408, de 9-8-1951, que “prorroga vencimento de prazos judiciais e dá outras providências”, e a Súmula 310 do Supremo Tribunal Federal.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> Ob. cit., vol. I, pág. 447.

<sup>205</sup> *Da Ação Penal*, 2.ª ed., Forense, Rio, 1978, de nossa autoria, págs. 237/238 (na pág. 238, desse nosso citado livro, em virtude de erro tipográfico, foi omitida a palavra “outro”, na frase “para outro prosseguir na ação”); FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, 1962, vol. III, pág. 162; BENTO DE FARIA, ob. cit., vol. I, pág. 102/103; CÂMARA LEAL, *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, Rio, 1942, vol. I, pág. 173/174; e RAIMUNDO MACEDO, ob. cit., págs. 190/191.

<sup>206</sup> Ob. cit., pág. 186.

<sup>207</sup> *Instituições de Processo Penal*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1977, vol. II, pág. 353.

<sup>208</sup> Súmula n.º 310 do S.T.F.: “Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita

96. Frequentemente, em casos de perempção alegados pelas partes, têm os tribunais, a nosso ver, desvirtuado a aplicação do art. 61 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, *in litteris*:

“Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.”

“Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, de querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, profereindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.”

Em frente à alegação do réu de que o querelante deixou de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos ou de formular o pedido de sua condenação nas alegações finais, fatos verificáveis *ictu oculi*, com um simples perflustrar dos autos, os juízes, mirando a economia processual, decretam logo, de ofício, a extinção da punibilidade. Pois bem, através de recurso em sentido estrito do querelante (art. 581, VIII, do Cód. de Proc. Penal), vêm os tribunais anulando a decisão, simplesmente por não observância pelo juiz do disposto no parágrafo único do art. 61, *supra* transcrito, sem qualquer alegação ou prova de erro da mesma, num injustificado perder tempo e excesso de formalismo, diante da evidência de que a nova decisão terá de repetir a anulada.<sup>209</sup>

O disposto no referido parágrafo único só tem aplicação quando o juiz não possa decretar de pronto a extinção da punibilidade, *ex officio*, como no caso, *exempli gratia*, de o

---

<sup>209</sup> Nesse sentido, veja-se acórdão da 1.<sup>a</sup> Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara), proferido a 22-12-1976, no recurso criminal n.º 857.

---

nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir.”

querelante não ter comparecido a ato do processo a que deveria estar presente e o réu requerer a perempção. Nesta hipótese, o juiz terá de ouvir o querelante, que poderá justificar devidamente a sua ausência, impedindo a extinção da punibilidade.

97. Não seria demais repetir aqui o que já dissemos nas anotações ao art. 102, § 4.º (n.º 29), e à rubrica “Da extinção da punibilidade” (n.º 70), que, nos casos de ação penal privada personalíssima (arts. 240, § 2.º, e 236, parágrafo único, do Cód. Penal), falecendo o querelante ou sobrevindo sua incapacidade, não tem aplicação a segunda parte do inciso II do art. 60 do Cód. de Processo Penal, extinguindo-se logo a punibilidade, pela perempção.

98. Finalmente, cumpre-nos assinalar que, antes de iniciada a ação penal, não há como se cogitar de perempção, sendo esse, aliás, um de seus traços diferenciadores da decadência, que antecede à ação, dependendo esta de sua não ocorrência e da prescrição, que também pode acontecer antes do início da ação.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, reproduzia em seu art. 108, IV, o dispositivo em anotação.

#### ART. 108, V

Vejam-se nossas notas anteriores aos arts. 106 e 107, sobre *renúncia ao direito de queixa e perdão do ofendido*, respectivamente, às quais nos reportamos.

#### ART. 108, VI

#### LEGISLAÇÃO COMPARADA (Atualização)

O art. 126, §§ 5.º e 7.º, do Código Penal português, citado à pág. 270 (nota 404), foi eliminado e substituído pelo

atual art. 127,<sup>210</sup> que mudou inteiramente o conteúdo daquele, resumido pelo ilustre Autor do livro, reportando-se a COSTA E SILVA, na nota 424, à pág. 279.

O novo dispositivo estrutura a reabilitação nos moldes amplos da nossa Lei n.º 5.467, de 5-7-1968, que modificou os arts. 119 e 120 do Código Penal de 1940, dilatando-lhe os horizontes “nimiamente estreitos” nessa matéria, conforme a exata observação do Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, à pág. 280.

99. Afora as atualizações que se impõem e vão a seguir, de alguns tópicos dos comentários do Autor a tão importante inciso do art. 108, limitamo-nos a remeter o leitor para nossas anotações, adiante, aos arts. 119 e 120, com a nova redação que lhes deu a Lei n.º 5.467, de 5-7-1968.

100. A propósito dos confrontos da reabilitação com a revisão criminal, estabelecidos, pelo Autor, à pág. 280, há de mister esclarecer que a Carta Política de 1967, com suas Emendas de n.ºs 1, de 1969, a 11, de 1978, omitindo, diversamente das Constituições anteriores, nos arts. 119, I, *m*, e 122, I, *a*, a cláusula “em benefício dos condenados”, ao tratar da revisão, possibilitou a criação pela lei ordinária da revisão *pro societate*, muito difundida na Europa.<sup>211</sup>

Os novos rumos da Constituição vigente em matéria de revisão, apesar de já preconizados entre nós,<sup>212</sup> foram, entretanto, repudiados pelo Projeto de Código de Processo Penal, retirado do Legislativo, por onde transitava, pela Mensagem n.º 295/78. O Projeto mantinha a nossa tradicional revisão em favor do réu (arts. 561 a 575).

<sup>210</sup> PATACAS, ob. cit., págs. 59/60.

<sup>211</sup> Veja-se, enjeitando esse tipo de revisão e amplamente sobre o mesmo, de nossa autoria, *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1978, págs. 49/53.

<sup>212</sup> Veja-se EVANDRO STEELE, *Revisão Criminal “Pro Societate”*, Niterói, RJ, 1971.

101. A legislação arrolada por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO na nota 429 (págs. 283/4), como acauteladora das indenizações tramadas contra o Estado, nos casos de revisão, acrescentamos o Código de Processo Penal vigente, proibindo-a “se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder” (art. 630, § 2.º, letra a), proibição essa repetida no Projeto de Código de Processo Penal (art. 573, § 2.º), retirado do Congresso Nacional, por onde tramitava já no Senado, pela Mensagem n.º 295/78.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, repetia o inciso em anotação no art. 108, inciso VII.

#### ART. 108, VII

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, reproduzia, *ipsis litteris*, o inciso acima (art. 108, VII).

Inteiramente de acordo com o ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, no sentido de não constituir *retratação* a simples negativa da prática do crime ou explicações sobre a sua inexistência, acrescentamos, aos arestos por ele citados às págs. 295/298 (notas 458 e 462), acórdão, de que fomos o relator, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara), proferido a 9-11-1977, na apelação criminal n.º 16.036, com a ementa que se segue.

“Lei n.º 5.250, de 9-2-1967. Exegese de seu art. 26 e parágrafos. A retratação quer em sentido etimológico (*retractatio* ou *retrectactio*, *onis*, de *retractare* e *retrectare*), quer no jurídico penal, segundo a *communis opinio doctorum* e a jurisprudência da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, sempre significou expressa revogação, desdizimento, retirada de expressões injuriosas assacadas contra alguém, satisfação dada a esse alguém pela dita retirada e não a manutenção delas através de explicações ridículas e pedidos

de desculpa. A teoria da fungibilidade dos recursos, que os processualistas germânicos denominam *Sowohl-als-auch-Theorie* (teoria do tanto faz) e os italianos *conversione delle impugnazione*. Conhecimento e provimento do recurso para o prosseguimento do processo.”

### ART. 108, VIII

#### LEGISLAÇÃO (Atualização)

Os §§ 2.º e 3.º do art. 167 da Constituição Federal de 1967, citados pelo ilustre Autor do livro à pág. 315 (nota 488), constituem atualmente os §§ de igual número do art. 175 da mesma Constituição, com as Emendas de n.º 1, de 1969, a 11, de 1978, com ligeiras modificações que não alteram a pertinência da citação.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, reproduzia o inciso em anotação (art. 108, IX).

102. Os comentários do ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, às págs. 325/337 (n.º 116), sobre o casamento da ofendida com estranhos ao crime, perderam a sua *ratio essendi* em face do novo inciso IX, acrescentado ao art. 108 pela Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, o qual anotaremos adiante.

103. Seja-nos lícito, ainda, nestas notas de atualização, divergir do ilustre Autor deste livro, em dois tópicos de seus comentários.

O primeiro, às págs. 308/309, quando admite a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida nas hipóteses do art. 223 e seu parágrafo único, ou seja, de os crimes contra os costumes referidos no inciso VIII, em anotação, terem sido praticados com violência de que haja resultado lesão corporal de natureza grave ou morte.

Ora, crimes que tais são crimes complexos (vejam-se nossas notas ao art. 103) e “a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, não se estende a este”, conforme o disposto, *apertis verbis*, no parágrafo único do art. 108, que anotaremos adiante.<sup>213</sup>

104. O outro tópico de nossa discordância é o relativo à maneira de ver do ilustre Autor,<sup>214</sup> expressa às págs. 323/325 (n.º 115), no sentido de, em qualquer hipótese, nulo ou anulado o casamento, em virtude do qual foi extinta a punibilidade, *ex vi* do inciso em anotação, dever retomar imediatamente a ação penal o seu império, desde que não caduca ou prescrita, para a punição do criminoso.

Tudo depende, a nosso ver, de ter havido ou não decisão transitada em julgado, extinguindo a punibilidade pelo *subsequens matrimonium*.

Na primeira alternativa, assegurando a Constituição Federal a coisa julgada, irrefragável até mesmo diante de lei em contrário (art. 153, § 3.º) e inexistindo, em nosso direito, a revisão criminal *pro societate*, persistem os efeitos da extinção da punibilidade;<sup>215</sup> só na segunda alternativa é que concordamos com o Autor.

O mesmo raciocínio tem cabimento em caso de haver sido interrompido o cumprimento de pena pelo *subsequens matrimonium*.

<sup>213</sup> Cfr. NELSON HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, pág. 127; e DAMASIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, 2.ª ed. São Paulo, 1977, vol. I, pág. 615.

<sup>214</sup> No mesmo sentido manifesta-se NELSON HUNGRIA in *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, pág. 127.

<sup>215</sup> Vejam-se nossas anotações ao art. 108, I (n.º 78), a respeito de *extinção da punibilidade e morte fictícia*, e, ainda, estudo sob este título, in *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, de nossa autoria, Ed. Saraiva, 1978, págs. 201/208; e, concordando com o nosso modo de ver, FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, São Paulo,



Aliás, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, citado por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, em rodapé, às págs. 325/326 (nota 505), comunga desse nosso entendimento, com a ressalva final: — “inexistindo, pois, qualquer declaração judicial de extinção da punibilidade”.

### ART. 108, IX

#### 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 SESENTA DIAS A CONTAR DA CELEBRAÇÃO.

105. O inciso supra foi introduzido no art. 108 pela Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, como inciso de n.º IX, deslocando o conteúdo do primitivo inciso VIII para o de número X, motivo por que não o comentou o ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, cujo falecimento ocorreu anteriormente à publicação da lei referida.

106. Apesar disso e de o Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, não ter considerado o casamento da ofendida com terceiro, nos crimes contra os costumes, como causa extintiva da punibilidade, o ilustre Autor deste livro focalizou bem o assunto no n.º 116 (págs. 325/327), ao qual nos reportamos para historiar os pródromos jurisprudenciais que ditaram a Súmula 388 do Supremo Tribunal, com que encerra seus comentários, e rezava *in verbis*:

---

1956, vol. III, pág. 429; TOURINHO FILHO, ob. cit., vol. I, págs. 462/463; e DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, 2.ª ed., São Paulo, 1977, vol. I, pág. 614.

“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 perempção.”

Essa Súmula, que vigorou por mais de uma década, *probatio probatissima* de que, no Brasil, como dissemos atrás no n.º 84, anotando o art. 108, II, a jurisprudência da nossa mais alta Corte de Justiça é, praticamente, fonte de direito, foi, entretanto, revogada, na sessão plenária de 16-10-1975, no julgamento do recurso de *habeas corpus* n.º 53.777 de Minas Gerais, do qual foi relator o ilustre Ministro THOMPSON FLORES, contra os votos dos eminentes Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE, CUNHA PEIXOTO, LEITÃO DE ABREU e BILAC PINTO, pelos motivos bem resumidos na seguinte ementa do acórdão, dada a lume à pág. 7.831 do Diário da Justiça de 10-9-1976:

“*Habeas Corpus*. Crime de corrupção de menores. Ação pública. Condenação.

II. O casamento da ofendida com terceiro não influi no andamento da ação penal pública contra seu ofensor, face ao disposto nos arts. 225, § 1.º, I, e 104 do Código Penal, c/c. os arts. 25 e 42 do Código de Processo Penal.

Revogação da Súmula n.º 388.

III. *Habeas Corpus* denegado.”

107. O Projeto de Lei n.º 2, de 1977, que resultou na Lei n.º 6.416, do mesmo ano, criadora do inciso em anotação, nada dispunha a respeito. Foi o ilustre Senador HENRIQUE DE LA ROQUE que, através de emenda a esse Projeto, trouxe novamente à baila a relevante questão. Propôs que fosse assim redigido o inciso VIII do art. 108 do Código Penal:

“Art. 108. Extingue-se a punibilidade:

VIII — pelo casamento do agente com a ofendida, pelo casamento da ofendida com terceiro, excetuados nessa última hipótese os casos de violência real ou grave ameaça, nos crimes contra os costumes previstos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial.”

Para fundamento de sua emenda, indicava o ilustre político maranhense o resguardo à família constituída pela ofendida ao casar com terceiro, livrando-a dos incômodos e constrangimentos que um processo sobre fatos pretéritos poderia acarretar, encerrando sua justificativa com as seguintes palavras: — “Apesar de haver revogado a Súmula n.º 388, a Suprema Corte não negou o grande alcance social ao seu conteúdo, razão por que a Emenda proposta, resolvendo o assunto ao adotar para a hipótese tratamento idêntico dispensado aos casos de casamento da ofendida com o ofensor, está a merecer acolhimento, principalmente porque ela vem oferecer o respaldo que faltava para a súmula citada.”<sup>216</sup>

Essa emenda, que tinha o n.º 26, foi alterada pelo Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL, relator da matéria, que propôs essa outra redação para o inciso VIII do art. 108 do Código Penal:

“Art. 108. Extingue-se a punibilidade:

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.”

Alterações outras se seguiram a essa, resultando afinal a criação de um novo inciso, que, como já dissemos de início, foi acrescentado, como IX, ao art. 108, pela Lei n.º 6.416, de 1977, o qual passamos a interpretar e tem a seguinte redação:

“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.”

<sup>216</sup> *Diário do Congresso Nacional*, de 25-3-1977, pág. 379.

108. O dispositivo contém duas partes:

A) Extingue-se a punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça;

B) e extingue-se a punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração.

Nem pode ser decomposto por outra forma o artigo, como se, ao invés, as suas duas partes fossem as seguintes:

a) Extingue-se a punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior;

b) *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.<sup>217</sup>

Como bem demonstrou DAMÁSIO E. DE JESUS,<sup>218</sup> essa última interpretação do artigo, não levaria a nada na segunda parte, *sub b*. “O termo *salvo*”, — argumenta o representante do Ministério Público paulista, — “indica a não extinção da punibilidade, como se o dispositivo dissesse: em regra, o casamento da ofendida com terceiro extingue a punibilidade; não extingue, porém, quando o crime é praticado com violência ou grave ameaça.” A valer a interpretação que impugnamos, a não extinção da punibilidade só ocorreria “se a ofendida *requeresses* o prosseguimento da ação penal. O texto, porém, emprega os termos *se ela não requerer*. Ora, *se ela não requerer* o prosseguimento da ação penal, haverá extinção da punibilidade. Duas negativas (*salvo* e *se ela não*) configuram uma afirmativa. Essa interpretação estaria certa

<sup>217</sup> Nesse sentido, do qual discordamos, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., ob. cit., pág. 65.

<sup>218</sup> *O Novo Sistema Penal* (Interpretação e Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977), Ed. Saraiva, 1977, pág. 133.

se o texto dissesse: salvo se cometidos com violência ou grave ameaça e se ela requerer o prosseguimento da ação penal”.

De acordo com a única interpretação possível do artigo, que é a primeira exposta,<sup>219</sup> vamos analisá-lo nas suas duas partes, resumidas acima, *sub* A e B, e abrangentes dos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial (crimes referidos no inciso anterior, que é o VIII).

199. A primeira parte, *sub* A, incompatibiliza o casamento da ofendida com terceiro, como causa extintiva da punibilidade, nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e rapto mediante violência ou grave ameaça (crimes definidos nos Capítulos I e III do Título VI da Parte Especial), requeira ou não requeira a ofendida o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração das núpcias, porque a violência e a grave ameaça tipificam esses crimes, como se verifica de uma singela leitura dos artigos do Código que os define, ou seja, os de números 213, 214 e 219, 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> parte, respectivamente.

Note-se que o inciso em estudo se refere, *tout court*, a violência, excluindo, portanto, os casos de violência ficta ou presumida, que, justamente por ser ficta ou presumida, não é violência.<sup>220</sup>

Nem vale argumentar, em contrário, que o art. 224 do Cód. Penal, que trata da *presunção de violência*, está insito no Capítulo IV, não mencionado pelo inciso em anotação, que também omite os Capítulos V e VI do Título VI da Parte Especial.<sup>221</sup>

<sup>219</sup> Cfr. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Casamento da Ofendida com Terceiro in Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977* (Questões Controvertidas), Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 74/76.

<sup>220</sup> Em contrário: RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 75; DAMÁSIO E. DE JESUS, *o Novo Sistema Penal* (Interpretação e Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977). Ed. Saraiva, 1977, pág. 133.

<sup>221</sup> RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 75.

Como se depreende de uma singela leitura do inciso, ele só se refere aos Capítulos que definem crimes contra os costumes e o Capítulo IV não define crime algum, como se infere de sua própria epígrafe (Disposições Gerais). Não vai além esse Capítulo IV de um complemento aos Capítulos I, II e III, mencionados, expressamente, pelo inciso que anotamos.

Demais, o casamento da ofendida com terceiro, como elucidaremos melhor adiante, não foi instituído como causa extintiva de punibilidade em prol do acusado, mas, exclusivamente, em benefício da própria ofendida, quando assim julgue ela conveniente, e constituiria uma grande incongruência, ou injustiça mesmo, proibir-lhe o uso dessa defesa contra os inconvenientes resultantes do *strepitus fori* da ação penal contra seu ofensor, em homenagem a uma pretensa violência, puramente imaginosa.

110. Da segunda parte do artigo, *sub B*, depreende-se que o casamento da ofendida com terceiro extingue a punibilidade nos demais crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial, quando, iniciada a ação penal, ela não requerer o seu prosseguimento dentro no prazo de sessenta dias, a contar da celebração das núpcias.

O prazo conta-se na forma do art. 8.º do Código Penal, pois se trata de matéria de direito substantivo e não processual, pouco importando o tipo da ação em curso, se pública, dependente de representação (art. 225, §§ 1.º, I, e 2.º), ou privada. O artigo em exame não reproduz os termos da revogada Súmula 388 do Supremo Tribunal Federal, que aludia a cessação da qualidade do representante legal da ofendida, após seu casamento com terceiro. A *ratio legis* cifra-se, exclusivamente, na defesa da nova família constituída pelo casamento da ofendida com terceiro, contra o *strepitus iudicii* ou *strepitus fori* determinado pela ação penal, qualquer que seja o seu tipo.

111. A causa de extinção da punibilidade, de que trata o inciso em estudo, depende exclusivamente da vontade da ofendida, único árbitro de sua conveniência.

A vontade do ofensor, do marido (terceiro) ou de qualquer outra pessoa é irrelevante. Só atua a da ofendida. Daí, para a cessação da punibilidade, pela causa de seu casamento com terceiro, pressupor o inciso a instauração da ação penal, pois, sem esse inciso, a vontade da ofendida nem sempre poderia atuar no curso da ação, como, *in exemplis*, quando ela fosse pública (art. 225, §§ 1.º, I, e 2.º), que não comporta perempção nem perdão, ou mesmo privada, no caso de o acusado não aceitar o perdão e não haver mais oportunidade para extinguir-se a punibilidade pela perempção.

Antes de instaurada a ação penal, a vontade da ofendida que casa com terceiro não encontra obstáculos para fazer cessar a punibilidade de seu ofensor. Basta que deixe fluir o prazo de decadência ou renuncie expressamente à ação, quando for ela privada; ou retrate a representação, no caso de ação pública.

Afirmar, como faz DAMÁSIO E. DE JESUS,<sup>222</sup> de cuja interpretação ao inciso em anotação já nos valem acima, que basta para extinguir a punibilidade o simples casamento da ofendida com terceiro antes da ação penal, já iniciado ou não o inquérito policial, sem qualquer oportunidade para manifestar ela a sua vontade, é, *data venia*, identificar ilegalmente a causa desse inciso com a do inciso V do mesmo artigo 108, que prevê a renúncia tácita (art. 106 e seu parágrafo único do Cód. Penal).

Se a ofendida pode impedir a extinção da punibilidade durante o curso da ação, por que não poderia antes de seu início, instaurando-a e requerendo o seu prosseguimento, tudo dentro no prazo de sessenta dias a contar da celebração do casamento?

---

<sup>222</sup> O Novo Sistema Penal (Interpretação e Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977), Ed. Saraiva, 1977, págs. 134/135.



A extinção de punibilidade no caso, insistimos, é instituída não em favor do acusado, mas no da ofendida a seu exclusivo critério.

A vingar a interpretação, que impugnamos, do ilustre representante do *Parquet* bandeirante, a ofendida teria sempre de adiar o seu casamento com terceiro para depois do início da ação penal contra seu ofensor, quando desejasse o processamento deste, o que seria até anti-social.

112. Se o casamento da ofendida com terceiro ocorre, porém, já encerrada a ação penal por decisão transitada em julgado, não há mais falar em extinção de punibilidade pelo inciso em estudo, que só cogita dela durante o curso da ação.

A hipótese é bem diferente da do casamento do agente com a ofendida, que não poderia ser amparada pelo marido estando este na cadeia, em cumprimento de pena, nem o inciso VIII circunscreve sua aplicação ao curso da ação.

113. Pode acontecer, entretanto, que a ofendida case com terceiro, faltando menos de 60 dias para, através de decisão transitada em julgado, encerrar-se a ação penal contra o seu ofensor. Seria o caso, *exempli gratia*, de o processo em que foi condenado seu ofensor estar pendente de julgamento de embargos infringentes (art. 609, parágrafo único, do Cód. de Proc. Penal), com julgamento marcado para a semana seguinte ao do casamento, e querer a ofendida o não prosseguimento da ação penal.

Como deve proceder, nesse caso, a ofendida, se a lei só alude à manifestação de seu desejo, através de sua inação, pelo silêncio, durante o prazo de 60 dias?

Deve a ofendida, no caso figurado, requerer ao relator dos embargos o não prosseguimento da ação, instruindo o o seu requerimento com a certidão de casamento.

Se a lei estatui que a vontade da ofendida, de não querer o prosseguimento da ação penal contra seu ofensor, pode ser expressa através de sua inação, pelo silêncio, impossível é admitir que a sua declaração, escrita ou oral, nesse sentido,

deixasse de produzir o mesmo efeito de extinguir a punibilidade.

A manifestação da vontade da ofendida, dentro no prazo de 60 dias, a contar de seu casamento com terceiro, pouco importa se por forma tácita ou expressa, é que traduz a *ratio legis*.

Mesmo durante o curso da ação penal, quando haja tempo suficiente, ou seja, mais de 60 dias após o casamento da ofendida com terceiro, para que o seu silêncio possa produzir efeito no sentido de ser extinta a punibilidade de seu ofensor, pode a ofendida logo no dia seguinte ao do casamento requerer o não prosseguimento da ação, bastando que instrua o seu requerimento com a certidão do casamento.

#### ART. 108, X

114. Este inciso foi comentado pelo Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO como inciso IX, às págs. 337/342.

Posteriormente, a Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, mudou-lhe a numeração, de IX para X, em virtude de haver introduzido no art. 108 o inciso anterior (IX), já por nós anotado.

O inciso em estudo foi reproduzido, *ipsis litteris*, pelo Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978 (art. 108, X).

115. A cumulação das condenações penal e civil numa mesma sentença, a que se refere o ilustre Autor do livro em o n.º 117 (págs. 337/338), traduz o mais antigo sistema para o ressarcimento do dano causado pelo crime, conhecido, *de lege ferenda*, como *sistema da solidariedade obrigatória*.

Adotado pelo nosso velho Código de Processo Criminal de 1823 (art. 269, § 5.º) e repellido pelo atual, ainda vigora em uns poucos diplomas penais alienígenas (Código de Proc. Penal de Portugal, Argentina e Peru).

Sobre esse sistema e os demais existentes, inclusive o eleito pelo nosso vigente estatuto processual penal, veja-se “Efeitos Cíveis da Sentença Penal” in “Elementos de Direito

Penal e Processo Penal” (Ed. Saraiva, São Paulo, 1978, págs. 179/186) de nossa autoria.

116. O inciso em anotação há de ser interpretado em conjugação com os §§ 2.º e 3.º, primeira parte, do art. 312 (peculato culposo), que rezam:

§ 2.º “Se o funcionário concorre culposamente para o crime de *outrem*: Pena — detenção, de três meses a um ano.”

§ 3.º “No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à *sentença irrecorrível*, extingue a punibilidade, se lhe é posterior, reduz da metade a pena imposta.”

Ao “outrem”, referido no § 2.º, para cujo crime doloso, os mais diversos, como peculato, furto, apropriação indébita, etc., concorre culposamente o funcionário, não se comunica a causa extintiva da punibilidade em estudo, mas unicamente aos co-autores culposos, ainda que um só deles tenha efetuado o ressarcimento do dano, que deve ser total.<sup>223</sup>

Inexistindo participação culposa em crime doloso e vice-versa, a hipótese não pode ser disciplinada pelos arts. 25 e 26 do Código Penal.

117. Com relação à *sentença irrecorrível* mencionada no § 3.º, se ela é posteriormente anulada, através de revisão criminal ou de *habeas corpus* (arts. 626 e 648, VI, respectivamente, do Cód. de Proc. Penal), enquanto outra *sentença irrecorrível* não a substitui, o dano pode ser reparado com efeito extintivo da punibilidade.

#### ART. 108

#### PARÁGRAFO ÚNICO

118. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, continha dispositivo idêntico (art. 109).

<sup>223</sup> NELSON HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, pág. 128; e DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, 2.ª ed., São Paulo, 1977, vol. I, pág. 611.

Mirando a espancar quaisquer dúvidas quanto à interpretação do parágrafo em anotação, no que concerne ao *crime complexo*, ou seja, à não extensão a ele da extinção da punibilidade dos crimes que o integram, como fatos constitutivos ou circunstâncias agravantes, acrescentamos ao único exemplo oferecido pelo ilustre Professor Autor deste livro (págs. 246, *in fine*, e 247, n.º 123), mais os dois seguintes:

a) A extinção da punibilidade do crime de seqüestro (art. 148) opera-se pela prescrição não interrompida, com o decorrer de 3 anos a partir de seu cometimento, e a do crime de extorsão (art. 158) em 16 anos. Pois bem, a do crime complexo de extorsão mediante seqüestro (art. 159), somente ocorre com a fluência de 20 anos.

b) O casamento do agente com a ofendida extingue a punibilidade do crime de estupro (art. 213), mas é irrelevante, para tanto, no crime de lesão corporal de natureza grave (art. 129, §§ 1.º e 2.º). Assim, no crime de estupro de cuja violência resulte lesão corporal de natureza grave (art. 223), o casamento do agente com a ofendida não faz cessar a punibilidade (vejam-se, ainda, sobre esse exemplo, nossas notas ao inciso VIII do art. 108).

119. Com relação à 2.ª parte do parágrafo único do artigo ora em anotação, divergem os doutores quanto ao sentido das expressões “crimes conexos” e “conexão” ali empregadas.

ANTONIO RODRIGUES PORTO<sup>224</sup> restringe-o ao sentido legal do art. 76 do Cód. de Proc. Penal, RAIMUNDO MACEDO<sup>225</sup> e FREDERICO MARQUES<sup>226</sup> ampliam-no até abranger a *continência*.

Estamos com o ilustre Juiz do Tribunal de Alçada Civil paulista quando, exemplificando com dois crimes praticados

<sup>224</sup> *Da Prescrição Penal*, 2.ª tiragem, São Paulo, 1972, pág. 75.

<sup>225</sup> *Ob. cit.*, pág. 239.

<sup>226</sup> *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1956, vol. III, 403/404.

em concurso formal, conclui que a prescrição de um elimina a majoração referente ao outro, prevista pelo art. 51, § 1.º, do Código Penal.

Nem, *data venia*, a palavra *conexão* pode ter no parágrafo único em estudo, em face de seu próprio texto, o sentido que lhe pretendem emprestar os dois outros citados ilustres juristas.

Reza a 2.ª parte do parágrafo único do art. 108, *apertis verbis*:

“Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.”

Ora, no concurso formal de crimes, a *continência* não tem por finalidade agravar as penas dos crimes continentes. Pelo contrário, as atenua, impedindo a aplicação cumulativa deles. Não há, assim, falar, em se tratando de crimes continentes, em agravação de penas como sua decorrência.

Demais, as expressões *conexão* e *crimes conexos* têm, em nosso direito positivo, o sentido técnico que lhes empresta o art. 76 do nosso Código de Processo Penal.

Como exemplos de sobrevivência de agravação de pena oriunda da *conexão*, apesar da extinta a punibilidade de um dos *crimes conexos*, são bastante esclarecedores os oferecidos pelo ilustre Autor do livro, às págs. 347/348 (n.º 124).

#### ART. 109

##### DIREITO COMPARADO (Atualização)

A) À pág. 348, substitua-se o art. 67 do Código Penal alemão pelo art. 79 do mesmo Código, atualizado em 2-1-1975 (*Strafgesetzbuch vom 15. Maio 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1975*).

B) À pág. 349, substitua-se o art. 25 do Código Penal Húngaro de 1950, pelo art. 31 do Código Penal da República Popular Húngara de 1961.

C) E à pág. 350 (último período), os arts. 637, 638 e 640 do Código de Instrução Criminal francês de 1808, respectivamente, pelos arts. 7, 8 e 9 do *Code de Procédure Pénale* de 31-12-1957.

120. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, reproduzia o dispositivo legal em estudo (art. 111), piorando, todavia, sua redação. Pois, ao invés de repeti-lo, *ipsis litteris*, dizendo a “prescrição antes de transitar em julgado a sentença final”, falava em “prescrição da ação penal”. Ora, a ação não prescreve, como já esclarecido retro, em nossas notas à rubrica “Da extinção da punibilidade”.

Pelo motivo exposto, ressalvamos não encamparmos, também e *data venia*, a locução “prescrição da ação”, tantas vezes usada pelo ilustre Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (págs. 349, 350, 354, 355 e outras).

121. A ressalva do dispositivo em anotação: — “salvo o disposto no parágrafo único do art. 110”: — revela a falta de cuidado com que foi elaborada a Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, que alterou dispositivos do vigente Código Penal.

Havendo a lei referida substituído o parágrafo único do art. 110 por dois outros novos parágrafos (§§ 1.º e 2.º), não corrigiu a dita ressalva, como devido, para: — “salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110”.

#### ART. 110

#### E SEUS §§ 1.º E 2.º

**ART. 110. A PRESCRIÇÃO, DEPOIS DE TRANSITAR EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA, REGULA-SE PELA PENA IMPOSTA E VERIFICA-SE NOS PRAZOS FIXADOS NO ARTIGO ANTERIOR, OS QUAIS SE AUMENTAM DE UM TERÇO, SE O CONDENADO É REINCENTENTE.**

**§ 1.º 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.

§ 2.º 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.

(Os §§ 1.º e 2.º do artigo supra resultaram das alterações feitas no Código Penal pela Lei n.º 6.416, de 24-5-1977. Vieram em substituição ao parágrafo único anteriormente existente, objeto dos comentários do ilustre Autor deste livro.)

#### DIREITO COMPARADO (Atualização)

A) À pág. 357, substitua-se o art. 70, 1, do Código Penal alemão pelo art. 79, 3, do mesmo Código, atualizado em 2-1-1975 (*Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 in der Fassung der Bekanntmachung vom 2 Januar 1975*), e acrescente-se ao art. 91 do Código Penal Belga mais os arts. 92, 93 e 94.

B) Às págs. 358 e 363 (nota 555), altere-se a numeração do art. 125, § 6.º, do Código Penal português para 126, § 3.º.

122. Ressalvando não encamparmos a expressão *prescrição da ação*, usada pelo ilustre Autor deste livro (págs. 358, 360, 361, 363, 364 e outras), pelos motivos já expostos em nossas notas anteriores à rubrica “Da extinção da punibilidade”, não seria impertinente acentuarmos que também a enjeitam alguns dos Códigos Penais estrangeiros citados à pág. 363 (nota 555), como os:

- a) do Uruguai, art. 117 (*los delitos prescriben*);
- b) da Itália, art. 157 (*la prescrizione estingue il reato*);
- c) e de Portugal, art. 125, § 2.º (prescrição do procedimento criminal). A prescrição da pena é tratada, presente-



mente, pelo art. 126, § 3.º, e não mais pelo art. 125, § 6.º, como dito na focalizada nota (pág. 363).

123. A *verata quaestio*, em frente ao *caput* do art. 110, sobre o cômputo da prescrição da pena em se tratando de crime continuado, focalizada às págs. 359/360 (n.º 130) por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, já foi solucionada pela Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, *in litteris*:

“Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.”<sup>227</sup>

O art. 110, § 3.º, do anteprojeto HUNGRIA, citado à pág. 360, no sentido da solução sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, foi reproduzido pelo Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, no art. 111, § 3.º, *in verbis*:

“No caso de concurso de crimes ou de crime continuado, a prescrição é referida, não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente.”

124. Em atualização aos escólios do ilustre Autor deste livro ao *caput* do art. 110, mantido pela Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, cumpre-nos, ainda, advertir o leitor:

A) que o conceito legal de reincidência, exposto por ele à pág. 366 (n.º 132), invocando na nota 562, em rodapé, o art. 46, § 1.º, n.ºs I e II, do Código Penal, foi modificado pela dita lei (vejam-se adiante nossas notas ao art. 120, ns. 155-156).

Tanto o artigo referido como o imediato (art. 47) foram substituídos pelos seguintes:

“Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença

---

<sup>227</sup> Aos defensores da tese sumulada, citados pelo ilustre Autor deste livro, cumpre-nos acrescentar, atualizando-o: NELSON HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945, págs. 115/116; e MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Do Crime Continuado*, 2.ª ed., São Paulo, 1969, págs. 176/177.

que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

“*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.”

“*Art. 47.* Para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos.”

B) E que a reincidência não aumenta o prazo da prescrição da multa, uma vez que o *caput* do art. 110 só se refere a aumento dos prazos do art. 109 (“prazos fixados no artigo anterior”), inaplicáveis à multa (veja-se o art. 114).

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 11-10-1978, em que se transformou o anteprojeto HUNGRIA, citado à pág. 366, em rodapé (nota 561), só manteve o acréscimo de um terço aos prazos de prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, para os criminosos habituais ou por tendência, silenciando quanto aos reincidentes (art. 112, *caput*).

125. Em virtude da intranquilidade constante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da exegese do revogado parágrafo único do art. 110, da qual nos dá notícias o ilustre Autor deste livro, em seus comentários ao mesmo, focalizando a Súmula 146 (n.º 133, às págs. 366/372), substituiu-o a Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, pelos dois novos parágrafos (§§ 1.º e 2.º) que nos incumbe anotar.

É o que se depreende do item 15 da Exposição de Motivos da dita lei, *apertis verbis*: — “Disciplinou-se o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais.”

A leitura atenta desses dois novos parágrafos conduz, a nosso ver, às conclusões que vão a seguir, nas quais resumiremos nossa interpretação a seu conteúdo.

Criou a Lei n.º 6.416, de 1977, com os parágrafos em estudo, uma forma *sui generis* de prescrição de pena, antes do trânsito em julgado da própria sentença que a impõe, ou melhor, quando ela só transita em julgado para a acusação, fazendo operar a prescrição da pena às avessas, com fluência para trás, com efeito retroativo, ou *von da an* conforme a técnica dos jurisperitos germânicos, traduzindo a cláusula latina *ex tunc* (“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”).

Essa retroação que, antes dos novos parágrafos, só era legalmente possível para aferir-se a prescrição da *pretensão punitiva* (*prescrição da ação*, na desatualizada denominação usada pelo ilustre Autor deste livro), tomando-se por base “*la pena concreta*”, na expressão dos penalistas italianos,<sup>228</sup> passou a ser admissível, também, para a prescrição da pena.

Trata-se, de *iure constituendo* e de *iure constituto*, de mais uma novidade brasileira, quebrando os padrões tradicionais, clássicos do Direito, a qual vai juntar-se às já existentes da “revisão criminal”, quando a sentença condenatória contraria a “evidência dos autos” (art. 621, I, do Cód. de Proc. Penal), e, no campo do direito comercial, das “duplicatas”,<sup>229</sup> que, apesar de seu inteiro êxito pragmático, foram, na frase imaginosa de RIBAS CARNEIRO,<sup>230</sup> “incluídas a

---

<sup>228</sup> O revogado Código Penal italiano de 1889, conhecido como Código ZANARDELLI, segundo FLORIAN (*Trattato di Diritto Penale — Reati e delle Pene in Generali*, 2.ª ed., Milano, vol. I, Parte II, n.º 587, pág. 345) e MAGGIORE (*Diritto Penale*, Bologna, 1949, vol. I, tomo II, pág. 765), tomava por base, nos seus arts. 91 e 94, para a *prescrição da pretensão punitiva* (denominada, na época, *prescrição da ação*), não a pena cominada em abstrato na lei (*pena edittale*) mas a pena concreta, que o juiz deveria infligir na sentença (*la pena concreta, che il giudice avrebbe dovuto infliggere nella sentenza*).

<sup>229</sup> Leis ns. 187, de 15-1-1936, e 5.474, de 18-7-1968, modificada esta pelo Decreto-lei n.º 436, de 27-1-1969.

<sup>230</sup> *Curso de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, 1938, pág. 294.

martelo entre os títulos de crédito que a doutrina reconhece (ia) . . . , forçando, evidentemente, o traçado da arquitetura do direito cambial”.

126. Para uma melhor clareza de nossas conclusões, em frente ao texto dos novos parágrafos em estudo, vamos expô-las, vinculando algumas delas a exemplos.

Começemos por formular o seguinte:

Após 2 anos e 3 meses à prática de crime de exercício ilegal da medicina com fim de lucro, cujas penas variam de 6 meses a 2 anos de detenção e multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00 (art. 222 e seu parágrafo único do Código Penal), é recebida denúncia, por esse crime, contra o acusado. Em seguida ao recebimento da denúncia, decorridos mais 2 anos, é o acusado condenado às penas de 6 meses de detenção e Cr\$ 2.000,00 de multa, por sentença que transita em julgado para ambas as partes, tanto para a acusação, quanto para o acusado.

Segundo o estatuído no § 1.º, “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se . . . pela pena aplicada” e se verifica nos prazos do art. 109, que estabelece o de 2 anos para a prescrição da pena de 6 meses (inciso VI), que absorve, para efeito de prescrição, a pena de multa (art. 118).

A frase “prescrição, *DEPOIS* da sentença condenatória”, usada no mencionado § 1.º, não mais pode ser interpretada como proibindo, para a verificação da prescrição, a contagem de qualquer tempo anterior à sentença, como o foi na vigência do revogado parágrafo único, substituído pelos dois focalizados novos parágrafos, por uma corrente jurisprudencial, liderada pelo saudoso Ministro LUIS GALLOTTI, no Supremo Tribunal Federal (vejam-se os comentários do ilustre Autor deste livro às págs. 369 e segs., n.º 133).

Declarando a parte final do novo § 2.º que a prescrição não pode, “em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”, admite, *apertis*

*verbis*, que o prazo da prescrição da pena, embora por forma anômala, *sui generis*, como já acentuado acima, seja contado retroativamente, ou seja, entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

Portanto, no exemplo formulado, embora entre as datas da prática do crime e do recebimento da denúncia haja fluído tempo maior (2 anos e 3 meses) que o decorrido entre a última data e a publicação da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação (2 anos), só prescrevem as penas impostas ao acusado, em virtude da parte final do § 2.º, pelo decurso do prazo de 2 anos, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação.

127. Vale esclarecer que os parágrafos em estudo não têm aplicação à pena de multa, quando é ela a única pena imposta, uma vez que o seu *quantum* (*pena concreta*) não altera o prazo da prescrição, que imutavelmente só se opera em 2 anos (*pena edittale*), conforme o estatuído no art. 114, que também não é referido pelo § 1.º em anotação (“e verifica-se nos mesmos prazos”, ou seja, nos do art. 109).

Assim, quando a pena de multa é a única a ser aplicada, como nos casos, *v. g.*, dos crimes previstos pelos arts. 292 e 294 do Código Eleitoral, e, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, ou entre a data desse recebimento e a da publicação da sentença condenatória, haja defluído 2 anos, o juiz, sem impor qualquer pena, deve julgar extinta a punibilidade, pela prescrição.

128. Mas, se os dois novos parágrafos em estudo admitem, por um lado, expressamente, como esclarecido, a contagem do lapso de tempo de prescrição da pena por forma retroativa, depois da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, não impedem, por outro lado, também expressamente (“depois da sentença”), que ele seja contado ulteriormente à dita sentença.

A prescrição de pena prevista pelos parágrafos em estudo é, assim, bifronte.

Voltamos ao exemplo formulado no n.º 126, introduzindo-lhe as seguintes alterações:

- a) apelação do réu, mirando a sua absolvição;
- b) redução de 2 para 1 ano do tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, já agora só transitada em julgado para a acusação;
- c) e o decurso do prazo de 2 anos entre as datas da publicação da sentença e do julgamento da apelação pelo Tribunal de 2.ª instância.

Mediando somente 1 ano entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, só transitada em julgado para a acusação, não há mais falar em prescrição retroativa das penas de 6 meses de detenção e Cr\$ 2.000,00 de multa impostas ao réu, as quais prescrevem em 2 anos (art. 109, VI, e 118, combinados).

Todavia, como está expressamente disposto, no § 1.º, que “a prescrição *DEPOIS* da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação” se regula pela pena imposta e se verifica dentro nos prazos do art. 109; e, no § 2.º, que o termo inicial da prescrição só não pode ter “data anterior à do recebimento da denúncia”; o Tribunal de 2.ª instância, que não pode exasperar as penas de 6 meses de detenção e Cr\$ 2.000,00 de multa impostas ao réu, por inexistir recurso da acusação, se não o absolver, dando provimento a seu recurso, terá necessariamente que decretar a prescrição das ditas penas.

Não seria demais acentuar, fazendo a exegese do § 1.º, que a “sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação”, por ele mencionada, não equivale à sentença condenatória “passada em julgado” a que refere o parágrafo único do art. 116, que anotaremos adiante e cujo conteúdo não interfere absolutamente com a prescrição pela pena em concreto prevista pelos parágrafos em estudo do art. 110.

Nesse sentido decidiu, aliás, o acórdão de 17-10-1978, da 1.ª Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proferido

no *Habeas Corpus* n.º 56.503-4 do Estado do Rio de Janeiro, relatado pelo ilustre Ministro ANTONIO NEDER e impetrado em favor de EDUARD DE SONG OU EDUARD DE JONG OU EDOUARD DE JONG que obteve, nesse *writ*, a decretação da prescrição da pena em concreto imposta em vários processos que respondeu preso por motivo outro que não o daqueles processos.

129. Rezando o § 2.º que a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, “*importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal*”, deixa fora de quaisquer dúvidas que não se referem os dois novos parágrafos à *prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente ainda denominada *prescrição da ação*), mas somente à prescrição das penas principais de reclusão, detenção e multa (art. 28), deixando de lado as penas acessórias (art. 67), que são, aliás, imprescritíveis por força do art. 118.

Por esse motivo, ou melhor, por só cogitarem os dois novos parágrafos da prescrição das penas principais e não da *prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada ainda *prescrição da ação*), diversamente do que fazia o parágrafo único que substituíram (veja-se a Súmula 146 do S.T.F.), os Tribunais de 2.ª instância, antes de decretarem a prescrição das penas principais, terão necessariamente de apreciar o recurso do réu, absolvendo-o quando de direito.

Pela mesma razão e como é óbvio, aliás, deverá o réu, favorecido pela decretação da prescrição, prevista pelos dois novos parágrafos, pagar as taxas e custas do processo e ter seu nome lançado no rol dos culpados (art. 393, II, do Cód. de Proc. Penal), além de perder a primariedade para efeito de suspensão condicional da pena (art. 57, I, do Cód. Penal), e ser considerado reincidente, quando venha a praticar novo crime antes de 5 anos, após a referida decretação da prescrição (art. 46, parágrafo único, do Cód. Penal).

Dispondo o art. 86 do Cód. Penal, sem que a Lei n.º 6.416, de 1977, lhe houvesse introduzido qualquer ressalva, que,



“extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança, nem subsiste a que tenha sido imposta”, a prescrição das penas principais, ocorrida por força da aplicação dos dois novos parágrafos em estudo, importa, necessariamente, na sua eliminação.<sup>231</sup>

130. A cláusula restritiva, insita no § 2.º, de não poder a prescrição, “em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento de denúncia” importa na expressa admissão legal de que nos processos onde inexistia *denúncia*, como nas ações penais privadas, a prescrição pela pena em concreto possa ser aferida de acordo com o tempo decorrido entre a data do crime e a da primeira causa interruptiva de prescrição, como a *queixa* (art. 117, a). Nos processos iniciados com *Portaria* nem há falar, pois a *Portaria* não é sequer causa interruptiva da prescrição.<sup>232</sup>

Ainda quando é oferecida denúncia em substituição à Portaria, nos casos previstos pela Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, que estabeleceu o processo sumário para os crimes culposos de homicídio e lesão corporal, sem que a autoria do delito tenha permanecido ignorada por mais de quinze dias (art. 1, § 1.º), não interrompe ela o curso da prescrição, conforme, aliás, iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>233</sup>

<sup>231</sup> Inteiramente desarrazoadas, *data venia*, no sentido de a extinção da punibilidade, por força do art. 110 e seus parágrafos, não atingir a medida de segurança, as 8.ª e 10.ª Anotações do Grupo de Trabalho, designado pela Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, para exame da Lei n.º 6.416, de 1977, apud DAMÁSIO E. DE JESUS, *O Novo Sistema Penal* (Interpretação e Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977), Ed. Saraiva, 1977, pág. 162, nota 22.

<sup>232</sup> Veja-se jurisprudência nesse sentido, adiante, na nota 247 em rodapé, em nossas anotações ao art. 117, n.º 145. Como única opinião em contrário: FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 420.

<sup>233</sup> RE 88.496-3 — SP (24-10-78); HC 56.203-5 — SP (8-8-78); RE 88.432-7 — SP (5-9-78) e RE 88.902 — (4-10-77), respectivamente,

131. Examinando os parágrafos em estudo sob o ângulo do direito intertemporal, resulta a conclusão de não terem eles aplicação, como *lex mitior*, aos crimes praticados anteriormente à vigência da Lei n.º 6.416, de 1977. O parágrafo único que revogaram, substituindo-o, era mais favorável aos réus, bem como as interpretações que lhe emprestou a Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, as quais devem também ser estendidas àqueles crimes.<sup>234</sup>

132. Ainda diante dos dois novos parágrafos em estudo, impõe-se a reformulação do conteúdo da Súmula n.º 146 do Supremo Tribunal Federal, elaborada, com tantos avanços e recuos, na vigência do revogado parágrafo único, que eles substituíram, e usando, ainda, a desatualizada e já agora impertinente locução: — “prescrição da ação penal.”<sup>235</sup>

Esperamos, *data venia*, que essa indispensável e urgente reformulação não venha a refletir a atual jurisprudência,<sup>236</sup> que confiamos seja só transitória, no sentido de não ocorrer a prescrição pela pena aplicada em concreto quando o recurso de acusação não logre o êxito de agravá-la.

Não nos parece, *data venia*, possível vincular os casos de prescrição previstos pelo art. 110 e seus parágrafos, — matéria relevantíssima de ordem pública, — ao arbítrio, ao ta-

---

<sup>234</sup> Nesse sentido, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC 55.233 RJ, em 14-6-1977, publicado no Diário da Justiça de 12-9-77, pág. 6.168.

<sup>235</sup> Vejam-se, sobre a desatualização da expressão “prescrição da ação”, nossas notas à rubrica “Da Extinção da Punibilidade”, a qual, segundo a própria Exposição de Motivos do vigente Código Penal, “corresponde a conceitos reconhecidamente errôneos” (item n.º 35).

<sup>236</sup> *Recursos Extraordinários Criminais* ns. 89.540-0 — (19-6-78), 89.596-5 — SP (10-8-78), 88.729-6 — SP (5-9-78) e 89.862-0 — SP (29-8-78) in *Diários da Justiça*, respectivamente, de 11-8-78, pág. 5.735; 11-9-78, pág. 6.792; 29-9-78; pág. 7.591; e 6-10-78, pág. 7.784.

in *Diários da Justiça*, de 10-11-78, pág. 8.949; 11-9-78, pág. 6.787; 22-9-78, pág. 7.311; e 21-10-77, pág. 7.382.

lante, ao capricho exclusivo de recorrer ou não da *acusação*, exercida, em se tratando de ação penal pública, não só por membros do Ministério Público, mas também por seus assistentes e pelo próprio ofendido, quando aqueles não recorrem (vejam-se os arts. 598 e 584, § 1.º, do Cód. de Proc. Penal), sem falar nos casos de ação penal privada.

A palavra *acusação*, usada pela lei, não permite distinção entre partes recorrentes. Abrange tanto aos membros do Ministério Público como aos assistentes e aos próprios ofendidos, também como substitutos processuais daqueles para recorrer, nos casos de ação penal pública (art. 598 do Cód. de Proc. Penal).

Nem mesmo aos membros do Ministério Público se pode confiar poder tão absoluto de extinção de punibilidade, pelo recurso ou não recurso de decisões judiciais, que, pelas penas em concreto impostas, acarretem a sua prescrição.

Além de não serem os membros do Ministério Público órgãos do Poder Judiciário, mas partes, defendendo, em juízo, interesses de um Poder político, como é o Poder Executivo, (atente-se à vastidão de nosso *hinterland*), não estão isentos, como criaturas humanas que são, de certa dose de maldade, frustrações, inimizades, simpatias e facciosidades de toda ordem, principalmente políticas, as quais o mais brilhante concurso de títulos e de provas, para o ingresso no *Parquet*, não consegue deles extirpar.

O Supremo Tribunal Federal está, alarmantemente, *data venia*, conferindo às partes do processo um poder que, exclusivamente, cabe ao Poder Judiciário, qual o de decidir sobre e extinção da punibilidade.

Se o recurso da acusação não logra exasperar a pena imposta ou não mira a esse fim, como se só foi interposto, *in exemplis*, para a revogação de suspensão condicional da pena, o tribunal deve decretar a extinção da punibilidade.

133. Apontamos, finalmente, mais um descuido da Lei n.º 6.416, de 1977 (veja-se outro em nossas notas anteriores

ao art. 109, n.º 121), não alterando, no Código de Processo Penal, a parte final do parágrafo único de seu art. 336, inexplicavelmente jamais invocado nas célebres discussões no Supremo Tribunal Federal, de que nos dá notícias o ilustre Autor deste livro, em torno da interpretação do revogado parágrafo único do art. 110, do Código Penal, artigo e parágrafo aqueles que continuam assim redigidos:

“*Art. 336.* O dinheiro ou objetos dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado.”

“*Parágrafo único.* Este dispositivo terá aplicação ainda no caso de prescrição depois da sentença condenatória” (Código Penal, art. 110 *E SEU PARÁGRAFO*).

O Código de 1969, abrogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, não continha qualquer dispositivo semelhante aos que acabamos de anotar (art. 110, §§ 1.º e 2.º), nem aos revogados que eles substituíram (art. 110, parágrafo único), com a publicação da Lei n.º 6.416, de 1977.

## ART. 111

### DIREITO COMPARADO (Atualização)

a) Atualmente, o art. 78, *a*, do Código Penal alemão substituiu o art. 67, 4, citado, à pág. 373, pelo ilustre Autor deste livro, cuja tradução, feita pelo insigne penalista COSTA E SILVA, transcreveu à pág. 390, na nota 600, em rodapé, e foi a seguinte: — “A prescrição se inicia no dia em que a ação é praticada, *sem atenção ao tempo em que o resultado se verificou.*”

O novo art. 78, *a*, alterando radicalmente o texto do art. 67, 4, que abrogou, está assim redigido: — “A prescrição se inicia logo que a ação é acabada. *Se um resultado integrante do tipo só ocorrer depois, a prescrição começará deste momento*” (*Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet*

*ist. Tritt ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später ein, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkt).*

b) O art. 32 do vigente Código Penal da República Popular Húngara (Lei V de 1961) é o correspondente ao art. 26 do revogado Código Penal húngaro (Lei II de 1950), citado à pág. 373, pelo ilustre Autor deste livro.

c) O art. 7.º do vigente Código de Processo Penal francês (*Code de Procédure Pénale*), de 31-12-1957, é o correspondente ao art. 637 do Código de Instrução Criminal de 1808, citado pelo ilustre Autor deste livro às págs. 390 (nota 599 em rodapé) e 396.

134. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, além de conter dispositivo correspondente ao em anotação no § 2.º de seu art. 111, rezava ainda no § 3.º do mesmo artigo: — “No caso de concurso de crime ou de crime continuado, a prescrição é referida, não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente.”

Nada mais fazia, nesse § 3.º, o Código de 1969 que legalizar o já assentado pela iterativa jurisprudência de nossos tribunais. Com relação ao crime continuado, veja-se a Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, que transcrevemos em nossas notas ao art. 110, n.º 123.

135. Finalmente, cumpre-nos lastrear a opinião de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, expressa à pág. 387, no sentido de aplicar-se o princípio *in dubio pro reo* em matéria de extinção de punibilidade, com acórdão de 23-6-1969, da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, julgando a apelação criminal n.º 2.588, de que fomos o relator, assim ementado: — “Apelação. Decadência. Aplicação do princípio *in dubio pro reo* à extinção da punibilidade. Não provimento do recurso;” — e do qual destacamos o tópico abaixo:

“Se alguma dúvida pudesse ocorrer, quanto à data do início do prazo de decadência (julho ou agosto de 1967),

seria ela, na hipótese, favorável à apelada, por força do princípio *in dubio pro reo*, pois, como muito bem acentua HEINRICH HENKEL, professor de Direito da Universidade de Hamburgo (*Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968, pág. 352), esse princípio não vale somente quando não possam ser bastante provados os motivos ou as exasperações penais do fato constitutivo de uma infração. Ele vale, igualmente, quando se cogita de causas de... extinção de punibilidade..., que permanecem duvidosas” (Der Satz “*in dubio pro reo*” gilt nicht nur dann, wenn strafbegründende oder -erhöhende Tatbestandsmerkmale nicht hinreichend bewiesen werden können. Er gilt ebenso, wenn... Strafaufhebungsgründe... in Betracht kommen, aber zweifelhaft bleiben).”<sup>237</sup>

Aliás, segundo a mais moderna doutrina, conforme formação de EDUARD KERN,<sup>238</sup> o princípio *in dubio pro reo* não vale somente para questões de culpa (*Schuldfrage*) e de pena (*Strafffrage*), vale, também, para determinar matéria fática de relevância processual, notadamente relativa a questões de existência de um *pressuposto* ou *impedimento processual*, como a coisa julgada, a prescrição e casos defluentes de uma anistia (*Der Satz gilt übringens auch für bestimmte prozessual erhebliche Tatsachen, insbesfür die Frage des Vorliegens einer Prozessvoraussetzung oder eines Prozesshindernisses, z.B. der Rechtskraft, der Verfolgungsverjährung... und des Unterfallens unter eine Amnestie*).

<sup>237</sup> Arquivos do Tribunal de Alçada, GB, ano III, n.º V, págs. 374/375.

<sup>238</sup> *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, München und Berlin, 1960, § 15, pág. 58. No mesmo sentido, vejamos: LÖWE-ROSENBERG, ob. cit., vol. 1.º, pág. 76; KARL PETERS, *Strafprozess, ein Lehrbuch*, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1966, pág. 249; EBERHARD SCHMIDT, ob. cit., vol. I, n.º 371, págs. 206/7; HENKEL, ob. cit., pág. 352; e GERLAND, *Der Deutsche Strafprozess, eine Systematische Darstellung*, Neudruck der Ausgabe Mannheim 1927 — Scientia Verlag Aalen — 1977, § 14, pág. 37.

## ART. 112

## DIREITO COMPARADO (Atualização)

a) Presentemente, o art. 79, 6, do Código Penal alemão é o correspondente ao art. 70, 3.º, citado à pág. 399 pelo ilustre Autor deste livro;

b) e o art. 126, § 4.º, do Código Penal português, o correspondente ao art. 125, § 7.º, citado às págs. 399, 400 (nota 616, em rodapé) e 404.

136. À pág. 405, onde se lê: — “e pelo art. 707 e § 2.º”; — leia-se “e pelo art. 707 e parágrafo único”, em virtude de a Lei n.º 6.416, de 1977, haver fundido, num só parágrafo único, os §§ 1.º e 2.º do art. 707 do Código de Processo Penal, embora essa circunstância em nada haja alterado os comentários do ilustre Autor deste livro na referida página.

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha dispositivo semelhante ao ora anotado (art. 112, § 1.º, *a* e *b*).

137. Vejam-se, ainda, sobre as letras *a* e *b* do art. 112 em anotação, os acórdãos do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, em nossas notas aos arts. 115 (n.º 142) e 113 (n.º 138).

## ART. 113

## DIREITO COMPARADO (Atualização)

O art. 126, § 4.º, do Código Penal português é, atualmente, o correspondente ao 125, § 7.º, *in fine*, citado à pág. 406, pelo ilustre Autor deste livro, e tem a seguinte redação: — “A prescrição da pena ou da medida de segurança conta-se desde o dia em que a sentença condenatória tiver passado em julgado, mas, evadindo-se o condenado e tendo cumprido parte



da pena, conta-se desde o dia da evasão. Nos condenados à revelia, a prescrição começa a contar-se desde a data em que foi proferida a sentença condenatória.”<sup>239</sup>

138. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha dispositivo semelhante ao ora anotado (art. 112, § 2.º).

Segundo acórdão unânime, de 14-3-78, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, do qual foi relator o eminente Ministro DJACI FALCÃO, a prescrição pelo resto da pena, no caso de evasão do condenado (art. 113 do C. P.), conta-se “a partir do dia em que se interrompe a execução da sentença, ou seja, do dia da fuga (letra b do art. 112 do C. P.)”.<sup>240</sup>

## ART. 114

### DIREITO COMPARADO (Atualização)

O art. 70, 5 e 6, do Código Penal alemão, citado pelo ilustre Autor deste livro, à pág. 412, está atualmente abrogado e substituído pelo art. 79, 4 e 5, segundo o qual a pena de multa (*Geldstrafe*) prescreve em três anos quando importe em até trinta dias-multa (*Tagessätzen*) e, em cinco anos, quando ultrapasse esse limite. O dia-multa, segundo o art. 40, 1 e 2, é fixado pelo Tribunal, entre um mínimo de dois e um máximo de mil marcos alemães (*auf mindestens zwei und höchstens zehntausend Deutsche Mark*), levada em consideração a situação pessoal e econômica do réu. O montante da pena de multa é, no mínimo, de cinco dias-multa, e quando a lei não disponha em contrário, no máximo, de trezentos e sessenta dias-multa completos. (*sie beträgt mindestens fünf und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens dreihundertsechzig volle Tagessätze.*)

<sup>239</sup> ANTÔNIO PATACAS, ob. cit., pág. 59.

<sup>240</sup> Diário da Justiça, de 14-4-1978, pág. 2.345.

139. O limite máximo de cem cruzeiros velhos, fixado pelo art. 55, *in fine*, do Código Penal e referido pelo ilustre Autor deste livro à pág. 411 (n.º 151), foi elevado pela Lei n.º 6.416, de 1977, para duzentos mil cruzeiros (Cr\$ 200.000,00).

O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha dispositivo semelhante ao em anotação (art. 115).

Finalmente, ressaltando não encamparmos a desatualizada locução “*prescrição da ação*”, usada pelo ilustre Autor deste livro às págs. 411 e 412, pelos motivos já expostos em nossas notas à rubrica “Da extinção da punibilidade”, remetemos o leitor às do art. 110 e seus parágrafos (ns. 124 e 127) sobre a inaplicação do conteúdo do mesmo à pena de multa, inclusive no que se refere ao aumento do prazo da prescrição, em virtude de reincidência.

#### ART. 115

140. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha dispositivo semelhante (art. 114).

O art. 113 e seu parágrafo único do revogado Código Penal Militar de 1944, citado, à pág. 420 (nota 646 em rodapé), pelo ilustre Autor deste livro, foi reproduzido, respectivamente, pelos arts. 132 e 133 do vigente Código Penal Militar de 1969.

141. Com relação à prova de menoridade, para os fins do dispositivo em anotação, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é iterativa no sentido de ser enjeitada a simples alegação do acusado, havendo de mister a observância das restrições estabelecidas na lei civil.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> RH 51.043; RE 83.342; e HC 53.863, respectivamente, *in* Diários da Justiça, de 25-5-73, pág. 3.625; 2-4-76, pág. 2.227; e 21-5-76, pág. 3.594.

Em acórdão proferido no RH 50.406, decidiu, ainda, que “deve ser recebido (com cautela) o assento de nascimento lavrado após o fato da acusação, isso não significando que, só por essa circunstância, ele não tenha valor”.<sup>242</sup>

Quanto ao exame médico, para suprir a prova de idade, na forma da lei civil, tem-no admitido a jurisprudência referida nos crimes contra os costumes,<sup>243</sup> embora seja ela precária, de “avaliação aproximada”, conforme HÉLIO GOMES<sup>244</sup> e NELSON HUNGRIA.<sup>245</sup>

142. Por derradeiro e a propósito de *habeas corpus*, impetrado no Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, em que se mirava a aplicação do dispositivo em anotação, proferiu a sua Primeira Câmara Criminal importante acórdão, relatado por seu ilustre Juiz ORLANDO LEAL CARNEIRO, o qual passamos a transcrever:

“*Habeas Corpus.*

Fundamentos do pedido:

- a) inimputabilidade do paciente à época do fato;
- b) a ocorrência da prescrição de condenação pela pena *in concreto*.

II — “... *ma se deve calcolare l'età secondo le regole comuni*” (V. Manzini) — Tradução: “mas se deve calcular a idade, segundo as regras comuns.”

III — “*Nel calcolo dell'età va tenuto conto, ocorrendo, anche dell'ora della nascita*” (Ainda Manzini) — Tradução: “No cálculo da idade leva-se em conta, ocorrendo, também, a hora do nascimento.”

<sup>242</sup> Diário da Justiça, de 13-12-74, pág. 631.

<sup>243</sup> HC 41.952-BA e RHC 43.656 — SP, *in* Rev. Trim. Jur. (S.T.F.), vols. 34, pág. 586; e 40, pág. 614.

<sup>244</sup> *Medicina Legal*, 7.ª ed., Rio-São Paulo, 1963, pág. 59.

<sup>245</sup> *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1947, vol. VIII, pág. 174.

IV — Concessão da ordem, para anular o processo *ab initio*.

UNÂNIME”.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º 3.648, em que é impetrante: Advogado Dr. Fernando Fragoço; e paciente: Acimar Fernandes.

Acordam os Juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, em conceder a ordem, para anular o processo *ab initio*, expedindo-se o alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Com efeito diz V. Manzini, in *Trattato di Diritto Penale*, vol. II, pág. 70, Turim, 1950: “*Per stabilire in quale periodo di età il soggetto abbia compiuto il fatto che gli si attribuisce, non è da applicarsi la regola: dies a quo non computatur in termino (art. 14 cod. pen.; art. 180 cod. di proc. pen.); la quale serve soltanto per il computo dei termini, ma si deve calcolare l'età secondo la regole comuni* (grifo do Relator). E continua (traduzindo): “E se uma pessoa nasceu no último dia de fevereiro, neste dia ele completa o 1.º ano e os anos sucessivos, seja ou não bissexto o ano do nascimento e aquele que vem em consideração.”

Como está transcrito na ementa, em nota na pág. citada, Manzini diz claramente que (traduzindo): “No cálculo da idade, leva-se em conta... também a hora do nascimento.”

Ora, o art. 14 do C. Penal italiano (Cf. pág. 10 da *Edilio Minor — Haepli* — Milão, 1969) é semelhante ao art. 8.º do nosso Cód. Penal, invocado pelo Dr. Procurador contra o paciente, quando é certo que, segundo Manzini, a norma não se aplica, “no cálculo da idade”. Por conseguinte, se o crime foi certamente cometido antes das 18 h. e 40 min. do dia 14-7-1963 (Cf. depoimento da lesada de fls. 10 do apenso), hora em que a proprietária do apartamento de onde foram subtraídos os objetos furtados *chegou* a casa, o delito foi cometido antes de completar o paciente 18 anos, pois a idônea certidão de fls. 20 (basta dizer que o Registro é de 23-7-1963) afirma expressamente que o paciente *nasceu às 21 horas do*

*citado dia 14 de julho de 1945.* E o art. 125, § 4.º, do C. Civil, como foi acentuado pelos eminentes pares, conjugado com o que figura na Lei de Registro a respeito da exigência da hora de nascimento, mostra a importância da hora na fixação da idade.

Daí que a ordem é concedida para anular o processo *ab initio*, expedindo-se alvará de soltura se por aí não estiver presc.

Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 1975, Renato Gabizo — Presidente. Orlando Leal Carneiro — Relator.”<sup>216</sup>

## ART. 116

### E SEU PARÁGRAFO ÚNICO

#### DIREITO COMPARADO (Atualização)

Dos dispositivos legais estrangeiros citados à pág. 422, pelo ilustre Autor deste livro, correspondem, atualmente:

- a) o art. 78, b, do Código Penal alemão ao art. 69;
- b) o § 4.º do art. 125 do Código Penal português ao § 8.º do mesmo artigo;
- c) e o art. 33 do Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961) ao art. 27 do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950).

143. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.678, de 1978, continha dispositivos semelhantes ao em anotação (arts. 111, § 4.º, e 112, § 3.º).

Vejam-se nossas notas ao art. 110 e seus parágrafos (n.º 128, *in fine*) sobre a inaplicação do parágrafo único do artigo ora em anotação (art. 116) aos casos de prescrição pela *pena em concreto*.

---

<sup>216</sup> Arquivos do Tribunal de Alçada, GB, vol. 12, 1975, pág. 199.

## ART. 117

## E SEUS §§ 1.º E 2.º

## DIREITO COMPARADO (Atualização)

Dos dispositivos legais estrangeiros, citados à pág. 430, pelo ilustre Autor do livro, correspondem:

a) aos arts. 68 e 72 do Código Penal alemão os atuais arts. 78, c, e 79;

b) aos §§ 4.º e 5.º do art. 125 do Código Penal português, o atual § 4.º do mesmo artigo;

c) e ao art. 27 do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano 1950), os arts. 33 e 58, 3 e 5, do vigente Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano 1961).

144. O Código Penal de 1969, em que se transformou o anteprojeto HUNGRIA, citado, à pág. 432, pelo ilustre Autor do livro, o qual foi revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha disposições semelhantes às do artigo em anotação (arts. 111, §§ 5.º e 6.º, 112, § 3.º, e 113).

Com relação aos comentários do ilustre Autor deste livro ao inciso I do art. 117, impõe-se um acréscimo e, *data venia*, duas discordâncias.

145. O acréscimo diz respeito a não constituir a Portaria, iniciadora da ação penal, causa interruptiva da prescrição, como ocorre com a denúncia e a queixa.

Além de a Portaria se não referir o art. 117, impossível é, no caso, invocar-se a analogia com a denúncia e a queixa, a qual seria *in malam partem*, e a prescrição é matéria de direito substantivo.<sup>247</sup>

<sup>247</sup> Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Vejam-se acórdãos do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara nas apelações ns. 2.482, de que fomos o relator; 5.601, relatada pelo ilustre juiz ELIEZER ROSA; e

Nem mesmo a denúncia oferecida em substituição à Portaria, nos casos previstos pela Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, sem que a autoria do crime tenha permanecido ignorada por mais de quinze dias (art. 1.º, § 1.º), interrompe o curso da prescrição, segundo o assentado pela iterativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>248</sup>

146. A primeira discordância é com a seguinte asseveração, à pág. 434: — “Falando o Código em *recebimento* da denúncia ou da queixa, é claro, outrossim, que o provimento ao recurso da decisão que rejeitou alguma dessas peças deve retroagir à data da decisão, para daí considerar-se interrompida a prescrição, exatamente porque o julgado da instância superior dá validade à denúncia ou à queixa.”

*Data venia*, o que interrompe a prescrição não é a validade da denúncia ou da queixa, mas o seu *recebimento*, que só pode ocorrer, como é evidente, na data do provimento do recurso e não antes.<sup>249</sup>

147. A outra discordância nos levam, ainda, os comentários do ilustre Autor do livro aos incisos II e IV do artigo em anotação, quando afirma, também à pág. 434, na nota 665, em rodapé, indicando acórdão do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>248</sup> Vejam-se acórdãos em nossas anotações ao art. 110, n.º 130, nota 233, em rodapé.

<sup>249</sup> Também contra a opinião do ilustre Autor deste livro, que cita e rebate, ANTONIO RODRIGUES PORTO, ob. cit., n.º 46, pág. 80.

---

4.158, relatada pelo saudoso juiz João CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, respectivamente, in *Arquivos do Tribunal de Alçada*, GB, vol. V, 1971, pág. 369; e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, 2.ª ed., Rio. 1973, ns. 360 e 362, págs. 374 e 378, com a opinião favorável desse ilustre penalista.

Em contrário, só conhecemos a opinião isolada de FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 420.



que se interrompe “a prescrição na data da decisão condenatória, cujos efeitos são imediatos, e não na data da sua publicação, a qual importa para a contagem do prazo de recurso.”

Quem milita no foro sabe, muito bem, que, antes da publicação da sentença em mão do escrivão (art. 389 do Cód. de Proc. Penal), só o seu prolator tem conhecimento dela, podendo modificá-la e até mesmo antedatá-la para não se comprometer com atraso que, porventura, possa favorecer o acusado em matéria de prescrição. Assim, impossível acolher-se, *data venia*, a opinião do ilustre Autor deste livro, que se equivocou, também, na indicação que fez de acórdão da nossa Suprema Corte.

Dito acórdão, proferido no *habeas corpus* n.º 31.433, datado de 3-1-1951, e dado a lume às págs. 357/360 do vol. 139 da Revista Forense, não se refere absolutamente à sentença condenatória recorrível, mencionada no inciso IV do art. 117, em anotação, mas a acórdão confirmatório dela, cuja data realmente prevalece sobre a da publicação de suas conclusões na imprensa oficial do Estado, mirando a contagem de prazo para recurso.

É que o acórdão traduz os votos dos juízes proferidos oral e publicamente num julgamento anterior não só à sua confecção, mas também à publicação de suas conclusões; enquanto que a sentença expressa um julgamento que só ocorre quando publicada ela em mão do escrivão, como manda a lei (art. 369 do Código de Processo Penal).

Assim, é a data da publicação da sentença condenatória recorrível ou de pronúncia, em mão do escrivão, que interrompe a prescrição e não a data lançada na mesma, que geralmente não coincide com a da produção de seus efeitos.<sup>259</sup>

<sup>259</sup> Cfr. RAIMUNDO MACEDO, ob. cit., págs. 157/158; e ANTONIO RODRIGUES PORTO, ob. cit., págs. 80/81.

148. Com respeito a extensão a co-réu da causa interruptiva de prescrição prevista pelo inciso V do artigo em anotação, qual a do “início ou continuação do cumprimento da pena”, merece registrado aqui *usus fori* que vem ganhando terreno e tem, como decisões líderes, os acórdãos proferidos pelas Segundas Câmaras Criminais dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do extinto Estado da Guanabara, relatados, respectivamente, pelos ilustres Desembargadores CARVALHO FILHO e PEDRO RIBEIRO DE LIMA, no recurso criminal n.º 69.320, em 27-2-1961, e na apelação criminal n.º 7.577, em 9-8-1973.

Sustentam os referidos arestos que, embora a captura, *in out court*, do co-réu acarrete a interrupção da prescrição relativamente aos demais co-réus (1.ª parte do inciso V), a continuação do cumprimento da pena pelo capturado (2.ª parte do inciso V) em nada deve influir sobre a prescrição da pena a que foram condenados os que se encontram soltos. Pois a influir, não seria causa interruptiva de prescrição, porém suspensiva, não expressando, assim, a *voluntas legis*, além de subverter todo o sistema de prescrição previsto pelo nosso estatuto penal, uma vez que tornaria imprescritível pena privativa de liberdade, quando, no sistema do código, somente o é a pena acessória, *ex vi* do parágrafo único do art. 118.

Nestas condições, a cláusula da 2.ª parte do inciso V: — “*continuação do cumprimento da pena;*” — deve ser lida ou entendida com relação aos co-réus soltos como: — “*reinício do cumprimento da pena;*” — nas hipóteses de fuga ou de revogação do livramento condicional (art. 113).

Com relação ao co-réu preso, seria até desnecessária a cláusula “*continuação do cumprimento da pena;*”, pois se está ele cumprindo pena é evidente que não está a mesma prescrevendo.

149. Finalmente, pela Lei n.º 6.416, de 1977, havendo sido alterados e fundidos em um único artigo (art. 46, pará-

grafo único) os de números 46 e 47 do Código Penal, que dispunham sobre a reincidência, no vigor dos quais o ilustre Autor deste livro escreveu seus comentários ao inciso VI do art. 117 em anotação (n.º 169, págs. 435/438), impõe-se, antes de quaisquer considerações sobre o mesmo, a transcrição aqui do novo dispositivo legal, que vai a seguir:

*Art. 46.* Verifica-se a reincidência 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.

*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.

Em face do dispositivo transcrito, sobre a reincidência, se o agente comete novo crime, antes de decorridos cinco anos desde o trânsito em julgado da decisão que o tenha condenado por crime anterior, considera-se ele reincidente logo que transite em julgado a decisão que o condene pelo novo crime. Mas não é a data do trânsito em julgado dessa segunda decisão que interrompe a prescrição, porém a data do “novo crime”, conforme diz, *apertis verbis*, o art. 46, “novo crime” esse cuja existência foi, apenas, declarada com o trânsito em julgado da segunda decisão. Essa segunda decisão retroage, assim, à data em que se verificou o “novo crime”.

## ART. 118

### E SEU PARÁGRAFO ÚNICO

150. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, não reproduziu o *caput* do artigo em anotação, mas somente seu parágrafo único no art. 116, que o ilustre Autor do livro informa, à pág. 441, haver correspondido ao art. 115 do anteprojeto HUNGRIA.

## ART. 119

## E SEUS §§ 1.º A 3.º

## DIREITO COMPARADO (Atualização)

Dos dispositivos legais estrangeiros citados, à pág. 442, pelo ilustre Autor do livro, correspondem, atualmente:

a) ao art. 63 do revogado Código Penal húngaro (Lei II do ano de 1950), os arts. 78, 79, *a* e *b*, e 80 a 83 do Código Penal da República Popular Húngara (Lei V do ano de 1961);

b) ao art. 126, §§ 5.º, 6.º e 7.º, do Código Penal português, os arts. 126, 4.º, e 127.

c) e aos arts. 76 a 81 do Código Penal suíço, os arts. 77 a 81 do mesmo Código, alterados pela Lei Federal de 18-3-1971, que ab-roga o art. 76.

Havendo o Professor ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, em seus comentários ao artigo em anotação, se reportado, várias vezes, ao direito francês, invocando o Código de Instrução Criminal de 1808 (*Code D'Instruction Criminelle*), que, desde 1957, está revogado pelo *Code de Procédure Pénale*, e, também, a dispositivos do Código Penal suíço, alterados, presentemente, pela Lei Federal de 18-3-1971, damos a seguir os dispositivos em vigor correspondentes aos desatualizados, transcrevendo, integralmente, aqueles cujo teor haja sido totalmente mudado.

Págs. 446/447 (nota 676 em rodapé): a) aos arts. 621 e 625 do C. I. C., citados, corresponde o art. 789 do C. P. P. francês, *in verbis*: “*Si depuis l'infraction le condamné a rendu des services éminents au pays, la demande de réhabilitation n'est soumise à aucune condition de temps ni d'exécution de peine. En ce cas, la cour peut accorder la réhabilitation même si les frais, l'amende et les dommages — intérêts n'ont pas été payés*”; b) ao § 3.º, citado, do art. 80 do C. P. suíço corresponde o § 2.º do mesmo artigo (Lei Federal de 1971).

Pág. 448 (nota 678, em rodapé). Aos arts. 621, inc. I, 626 e 627, citados, do C.I.C. francês correspondem os arts. 790 e 791 do C.P.P.

Pág. 454 (nota 689, em rodapé). Ao art. 619, citado, do C.I.C. francês corresponde o 782 do C.P.P., *verbis*: "Toute personne condamnée par un tribunal français à une peine criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, peut être réhabilitée". E aos arts. 620 e 622, citados, do C. I. C., os arts. 784, 4.º, *in fine*, e 786 do C.P.P., respectivamente, sendo que o último não alude à data do início do prazo, como "o dia da libertação do condenado".

Pág. 457. Os prazos citados, para o cancelamento da sentença condenatória pela reabilitação, que variavam de 5, 10 e 15 anos, conforme a natureza da pena imposta antes das alterações introduzidas no Código Penal suíço pela Lei Federal de 1971, são presentemente de 10, 15 e 20 anos (art. 80).

Pág. 465 (nota 706, em rodapé). O C. P. P. francês não exige, como o C.I.C. (art. 624, 3.º), prova dos meios de vida (*moyens d'existence*) do reabilitando.

Pág. 467 (nota 710, em rodapé). Ao art. 624, n.º 2, citado, do C.I.C. corresponde o art. 788, 2, do C.P.P. O atual art. 52 do Código Penal, também citado, se refere a outro assunto e não mais à execução por meio de prisão do devedor (*contrainte par corps*).

Pág. 468 (nota 712, em rodapé). Ao art. 624, n.º 6, citado, do C.I.C. francês corresponde o art. 788, 6, do C.P.P.

Pág. 470. Ao art. 624, n.º 5, citado do C.I.C. francês corresponde o art. 788, 5, do C. P. P.

Págs. 472/473 (nota 714, em rodapé). Aos arts. 628 e 621, citados, do C.I.C. francês corresponde o art. 785 do C.P.P.

Pág. 478 (nota 720, em rodapé). Ao art. 632, citado, do C.I.C. francês corresponde o art. 797 do C.P.P., cogitando do fundamento do despacho que indefere a reabilitação, *in verbis*: "En cas de rejet de la demande, une nouvelle demande ne peut être formée avant l'expiration d'un délai de deux années, à moins que le rejet de la première ait été motivé par l'insuffisance des délais d'épreuve. En ce cas, la demande peut être renouvelée dès l'expiration de ces délais."

151. O anteprojeto HUNGRIA, citado, à pág. 475, pelo ilustre Autor deste livro, transformou-se no Código Penal de 1969, que foi revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, e continha disposições semelhantes às em anotação (art. 117).

Esse Código (Decreto-lei n.º 1.004, de 21-10-1969) continha, ainda, disposições sobre a finalidade única e prática do instituto da reabilitação, como se verifica de seus artigos que se seguem:

*Art. 119.* Declarada a reabilitação, serão cancelados, mediante averbação, os antecedentes criminais.

*Art. 120.* Concedida a reabilitação, o registro oficial de condenações penais não pode ser comunicado senão à autoridade policial ou judiciária, ou ao representante do Ministério Público, para instrução de processo penal que venha a ser instaurado contra o reabilitado.

152. O Código Penal vigente nada dispõe a respeito. É no Código de Processo Penal que vamos nos informar da finalidade do instituto da reabilitação. “A condenação ou condenações anteriores”, — reza o seu art. 748, — “não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.”

153. Não havendo imposição de pena acessória consistente em interdição de direitos, a reabilitação se torna, praticamente, desnecessária quando a pena privativa de liberdade é suspensa condicionalmente e, sem que tenha havido motivo de revogação, afinal declarada extinta, em face do disposto no art. 709 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“A condenação será inscrita, com a nota de suspensão, em livros especiais do Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, averbando-se, mediante comunicação do juiz ou do Tribunal, a revogação da suspensão ou a extinção da pena. Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral.

§ 1.º. Nos lugares onde não houver Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, o registro e a averbação serão feitos em livro próprio no juízo ou no Tribunal.

§ 2.º. *O registro será secreto, salvo para efeito de informações requisitadas por autoridade judiciária, ou caso de novo processo.*

§ 3.º. Não se aplicará o disposto no § 2.º quando houver sido imposta ou resultar de condenação pena acessória consistente em interdição de direito.

Trata-se de uma remanescência da reabilitação através do *sursis*, a que alude o ilustre Autor do livro à pág. 278, na nota 422, em rodapé.

Nesse sentido, decidiu, aliás, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do extinto Estado da Guanabara, julgando o recurso criminal n.º 393, em acórdão de 26-3-73, de que fomos o relator, desfazendo, ainda, equívocos de linguagem técnica usada no juízo *a quo*, como se verifica de sua ementa abaixo transcrita:

“Reabilitação. Recurso de ofício.

“Embora admitida de *lege lata* (art. 119, § 1.º, do Código Penal), é praticamente desnecessária a reabilitação, quando, inexistente pena acessória de interdição de direito, já foi extinta a pena privativa de liberdade do condenado, em virtude da expiração do prazo do *sursis*, sem que tenha ocorrido motivo de sua revogação, uma vez que, *ex vi* do art. 709, § 2.º, do Cód. de Proc. Penal, não constará a condenação da folha de antecedentes do beneficiário, salvo quando requisitada por autoridade judiciária.

“Na técnica dos nossos estatutos penais, a referida *extinção da pena privativa de liberdade*, por não ter havido revogação do *sursis* até a expiração do prazo deste, não pode ser identificada com a *extinção da punibilidade*, cujas causas estão elencadas no art. 108 do Cód. Penal e entre as quais figura a reabilitação (inciso VI). Pois, do contrário, haveria



extinção da punibilidade de extinção da punibilidade, o que é um absurdo.

“Não provimento do recurso.”<sup>251</sup>

## ART. 120

### E SEU PARÁGRAFO ÚNICO

#### DIREITO COMPARADO (Atualização)

Aos arts. 622 e 623, II e III, do revogado Código de Instrução Criminal francês de 1808 (*Code D'Instruction Criminelle*), citado pelo ilustre Autor do livro, à pág. 481, na nota 726, em rodapé, correspondem os arts. 786 e 787, 1 e 2, do *Code de Procédure Pénale* de 1957, em vigor.

154. O Código Penal de 1969, revogado pela Lei n.º 6.578, de 1978, continha dispositivos correspondentes aos em anotação (arts. 117, § 4.º, e 118).

155. O ilustre Autor deste livro, comentando o parágrafo único do artigo em anotação, escreveu, à pág. 482, que ele “apenas menciona o condenado *reincidente*, sem pormenorizar se *genérica* ou *específica* a reincidência consoante as modalidades consagradas pelo Código (art. 46, § 1.º, ns. 1 e 2)”.

A Lei n.º 6.416, de 1977, alterando o conteúdo do art. 46 e fundindo em um único parágrafo os citados pelo ilustre Autor deste livro, banuiu da técnica legal as expressões reincidência *genérica* e *específica*.

Nada impede, entretanto, que, conforme acentuado em alguns acórdãos,<sup>252</sup> se continue, na linguagem forense, a usar

<sup>251</sup> Diário Oficial do extinto Estado da Guanabara (Parte III), de 31-12-73 — Apenso ao n.º 250, pág. 559.

<sup>252</sup> “A Lei n.º 6.416, de 24-5-1977, não proibiu absolutamente aos juizes e Tribunais de mensurarem, na forma do revogado inciso I do art. 47 do Código Penal, as penas impostas aos reincidentes por

ditas expressões, a fim de distinguir a reincidência por crimes de natureza diversa (genérica) da por crimes da mesma natureza (específica), com efeitos inegavelmente diferentes, a serem avaliados pelo Juiz, em cada caso.

Como bem esclarecido, no item 13, da Exposição de Motivos da Lei 6.416, de 1977,<sup>253</sup> “eliminou-se a distinção entre reincidência genérica e específica para efeito de severidade da pena aplicada”, severidade necessária, obrigatória, imposta pelo também revogado art. 47 que, nos casos de reincidência específica, determinava a aplicação da pena privativa de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo e, sem prejuízo desse cálculo, a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente.

A lei n.º 6.416, de 1977, não proibiu, entretanto, para o reincidente por crime da mesma natureza, a mensuração da pena estabelecida pelo revogado art. 47 para a *reincidência específica*. Cancelou, apenas, o seu caráter necessário, obrigatório. Tudo fica a critério do juiz, de acordo com as circunstâncias do fato.

156. Para os efeitos do parágrafo único do art. 120, em anotação, porém, tanto antes (pela aplicação da *lex mitior*) como depois da Lei n.º 6.416, de 1977, só há cogitar da reincidência que ela reformulou nos dispositivos com que encerramos estas notas.

*Art. 46.* Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença

---

<sup>253</sup> *Revista do Conselho Penitenciário Federal*, n.º 34, janeiro 1976/junho 1977, págs. 280/284.

---

crime da mesma natureza, nem de os denominar *reincidentes específicos*, mas, apenas, deixou de tornar obrigatória dita mensuração de penas e de emprestar técnica legal à expressão mencionada.” Ementa de Acórdão, unânime, de 5-10-1977, da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (antigo Estado da Guanabara) na Apelação Criminal n.º 16.034, ementa essa repetida, no mesmo sentido, em Ac. unânime de 12-6-1978, das Câmaras Criminais Reunidas do citado Tribunal, na Revisão Criminal n.º 438.

que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

*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.

*Art. 47.* Para efeito de reincidência, não se consideram os crimes militares ou puramente políticos.



## BIBLIOGRAFIA

(Atualizada)

- AGUIAR JÚNIOR (Ruy Rosado de) — *Casamento da Ofendida com Terceiro in Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977 (Questões Controvertidas)*. Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 74/76.
- ALBERS (Jan) — veja-se BAUMBACH.
- ALIMENA (Bernardino) — *Studi di procedura penale* (Torino, 1906).
- ALTAVILLA (Enrico) — *Pretesa punitiva e azione penale in Nuovo Digesto italiano*, vol. X (Torino, 1939).
- ANCEL (Marc) — *Les Codes Pénaux Européens avec la collaboration de YVONNE MARX. Publié par le Centre Français de Droit Comparé, Paris*, vols. I, II (s.d.), III (1958) e IV (1971).
- ANCEL (Marc) — *La Réforme Pénale Soviétique-Code de Procédure Pénale et Lois d'Organisation Judiciaire de la R.S.F.S.R. du 27 octobre 1960, traduit par J. BELLON, M. FRIDIEFF, GODNEFF, CH. KOURILSKY et S. E. SISMONDI — Nouvelle Collection du Comité de Législation Étrangère et de Droit International — Publié par le Centre Français de Droit Comparé (Paris, 1962)*.
- ANCEL (Marc) — veja-se GARÇON.
- ANDRADE (Lic. Manuel) — *Legislación penal mexicana (México, D.F., 1938)*.
- ANGELOTTI (Dante) — *La pretesa giuridica* (Padova, 1932).
- ANTOLISEI (F.) — *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1955.
- ARAÚJO (João Vieira de) — *Nova edição oficial do Código Criminal Brasileiro de 1830 — Anteprojeto elaborado em 1889* (Rio de Janeiro, 1910).
- ARZT (Gunther) — veja-se QUENSEL.
- AZARA (Antonio) — veja-se GUARNERI, MANDRIOLI e PIACENZA.
- AZEVEDO (Filadelfo de) — *Reflexos do novo Código Penal sobre o Direito Civil in Revista Forense*, 1941, vol. 88, págs. 131/133.
- BACKES (Otto) — veja-se QUENSEL.
- BARBOSA (Raul) — *Aspectos das Novas Leis Penais*, Fortaleza, 1942.
- BATISTA (Nilo) — *Decisões Criminais Comentadas*, Rio, 1976.

- BATISTA (Nilo) — veja-se MESTIERI.
- BATTAGLINI (Giulio) — *Il diritto di querela*, Bolonha, 1939.
- BATTAGLINI (Giulio) — *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1949.
- BAUMANN (Jürgen) — veja-se QUENSEL.
- BAUMBACH (Adolf), LAUTERBACH (Wolfgang), ALBERS (Jan) e HARTMANN (Peter) — *Zivilprozessordnung*, 36., neubearbeitete Auflage, München, 1978.
- BELING (Ernst) — *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1917.
- BELING (Ernst) — *Derecho procesal penal — Trad. del alemán y notas por MIGUEL FENECH*, Editorial Labor, S/A, 1943.
- BELING (Ernst) — *Derecho procesal penal — Trad. de ROBERTO GOLDSCHMIDT e RICARDO C. NÚÑEZ*, Córdoba, 1943.
- BELLAVISTA (Girolamo) — *Perdono Giudiziale in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1965, vol. XII, págs. 928/931.
- BELLON (J.) — veja-se ANCEL.
- BERMUDES (Sérgio) — veja-se TORNAGHI.
- BLACK (Henry Campbell) — *Handbook on the Construction and Interpretation of the Law*, St. Paul, Minn., 1896.
- BOCKELMANN (Paul) — *Strafrecht — Allgemeiner Teil* (2., durchgesehene und ergänzte Auflage), München, 1975.
- BOURDEAUX (Henri M.) — *Code Pénal annoté* (37.<sup>a</sup> ed., Paris, 1938).
- BOURDEAUX (Henri M.) — *Code d'Instruction Criminelle annoté* (37.<sup>a</sup> ed., Paris, 1938).
- BOUZAT (Pierre) et PINATEL (Jean) — *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Dalloz, Paris, tomes I-II (1973), III (1975); I et II (mise à jour par PIERRE BOUZAT au 15 novembre 1975).
- BOUZAT (Pierre) — *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal*, Paris, 1951.
- BRAUNECK (Anne-Eva) — veja-se QUENSEL.
- BRIESSMANN (Ermin) — *Beck-Rechtslexika (Strafrecht und Strafprozess)*, München, 1970.
- BRUNO (Anibal) — *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, 1969, vol. II.
- BRUSA (Emílio) — *Código di Procedura Penale Norvegese — Traduzione* (Torino, 1900).
- BUENO (José Antônio Pimenta) — *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro — Anotações de João GONÇALVES DO COUTO* (5.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1922).
- BÜLOW (Oskar) — *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Neudruck der Ausgabe Giessen 1863, Scientia Verlag Aalen, 1969.
- BUSSADA (Wilson) — *Contravenções Penais*, São Paulo, 1956.
- CAMPOS FILHO (Paulo Barbosa de) — *Ensaio sobre a ação popular* (São Paulo, 1939).

## BIBLIOGRAFIA

669

- CANDIAN (Alberto) — *La Querela*, Milano, 1951.
- CARNEIRO (Edgard Ribas) — *Curso de Direito Comercial*, Rio, 1938.
- CARNEIRO (Mário Tibúrcio Gomes) — *Códigos militares do Brasil e leis complementares* (Rio de Janeiro, 1933).
- CARNELUTTI (Francesco) — *Lezione sul processo penale* (Roma, 1946).
- CARNELUTTI (Francesco) — *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova, vols. I (1938-XIV), II (1938-XVI) e III (1939-XVII).
- CARRARA (Francesco) — *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Parte generale (Firenze, 1924), vols. I e II. Parte speciale (Firenze, 1909), vol. III.
- CHAVES (Raul) — *Crimes de Responsabilidade*, S.A. Artes Gráficas, Bahia, 1960.
- COGNIARD (P.) — veja-se L'ISLE.
- COLESANTI (Vittorio) — *Giurisprudenza in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1961, vol. VII, págs. 1.101/1.106.
- COLL (Jorge E.) e GÓMEZ (Eusébio) — *Proyecto de Código Penal para la Republica Argentina — Redactado en cumplimiento del decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos*.
- CORRAL (D. Ildefonso L. Garcia Del) — *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889-1898, 6 tomos.
- COSTA JR. (Paulo José da) e GRINOVER (Ada Pellegrini) — *A Nova Lei Penal e A Nova Lei Processual Penal* (Comentários à Lei 6.416, de 24 de maio de 1977), São Paulo, 1977.
- COUTURE (Eduardo J.) — *Fundamentos do Direito Processual Civil* — Trad. de RUBENS GOMES DE SOUZA, São Paulo, 1949.
- COVIELLO (Leonardo) — veja-se COVIELLO (Nicola).
- COVIELLO (Nicola) — *Manuale di Diritto Civile Italiano (Parte Generale)*, seconda edizione riveduta e messa al corrente dal Prof. LEONARDO COVIELLO, Milano, 1915.
- DEGENKOLB (Heinrich) — *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877 — Scientia Verlag Aalen, 1969.
- DEGENKOLB (Heinrich) — *Beiträge zum Zivilprozess*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905 — Scientia Verlag Aalen, 1969.
- DELITALA (Giacomo) — *Diritto Penale* (Raccolta degli scritti), Milano, 1976, 2 vols.
- DELITALA (Giacomo) — *Diritto Processuale Penale* (Raccolta degli scritti), Milano, 1976.
- DIAS (José de Aguiar) — veja-se ROMEIRO JUNIOR.
- DOMÍNGUEZ (Valentin Cortés) — *La Cosa Juzgada Penal*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- DREHER (Eduard) — *Strafgesetzbuch*, 37., neubearbeitete Auflage des von OTTO SCHWARZ begründeten Werkes, München, 1977.



- DUARTE (José) — *Da ação penal — Da extinção da punibilidade (Tratado de direito penal)*, vol. V (Rio de Janeiro, s.d.).
- DUARTE (José) — *Comentários à Lei de Contravenções Penais*, 2.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1958, 2 vols.
- DUNI (Mario) — *Il Perdono Giudiziale*, Milano, 1957.
- DÜNNEBIER (Hanns) — veja-se ROSENBERG.
- ESPÍNOLA FILHO (Eduardo) — *Código de Processo Penal Brasileiro* (Livraria Editora Freitas Bastos, Rio-São Paulo, 1942-1945), 7 vols.
- ESPÍNOLA FILHO (Eduardo) — *Código de Processo Penal Anotado* (Editor Borsói, São Paulo), vol. IX (5.<sup>a</sup> edição, 1962).
- EULA (Ernesto) — veja-se GUARNERI, MANDRIOLI e PIACENZA....
- FARIA (Antonio Bento de) — *Código de Processo Penal* (Rio de Janeiro, 1942), 2 vols.
- FARIA (Antonio Bento de) — *Das Contravenções Penais*, Rio, 1942.
- FARIA (Antonio Bento de) — *Código Penal Brasileiro*, Rio, 1942-1943, 5 vols.
- FERREIRA FILHO (Manoel Gonçalves) — *Comentários à Constituição Brasileira*, Ed. Saraiva, vols. I (1972), II (1974) e III (1977).
- FLORIAN (Eugenio) — *Trattato di Diritto Penale — Dei Reati e delle Pene in Generali*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, s.d., vol. I, Parte I-II.
- FLORIAN (Eugenio) — *Trattato di Diritto Penale, Parte generale*, 4.<sup>a</sup> ed., Milano, 1934, 2 vols.
- FLORIAN (Eugenio) — *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932-X.
- FRAGOSO (Heleno Cláudio) — *Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade in Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a NELSON HUNGRIA*, Forense, Rio-São Paulo, 1962, págs. 158-179.
- FRAGOSO (Heleno Cláudio) — *A reforma da legislação penal in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara*, Ano I, Nova fase, n.º 3, outubro-dezembro, 1963, págs. 23 a 43.
- FRAGOSO (Heleno Cláudio) — *Jurisprudência Criminal*, Rio, 1973, 2 vols.
- FRAGOSO (Heleno Cláudio) — *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, São Paulo, vols. I (3.<sup>a</sup> ed., 1976), II (2.<sup>a</sup> ed., 1962) III e IV (1959).
- FRAGOSO (Heleno Cláudio) — veja-se HUNGRIA.
- FRANCO (Ari de Azevedo) — *Código de Processo Penal* (Rio de Janeiro, 1942-1943), 2 vols.

## BIBLIOGRAFIA

671

- FREITAS (Augusto Teixeira de) — veja-se SOUZA (Joaquim José Caetano Pereira e).
- FREITAS SENIOR (Augusto Teixeira de) — *Vocabulário Jurídico*, Rio, 1883.
- FRIDIEFF (M.) — veja-se ANCEL.
- FROSALI (R.) — *Concorso di norme e concorso di reati (Città di Castello, 1937)*.
- GARCIA (Basileu) — *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., revista e atualizada, 1954, vol. I, em 2 tomos.
- GARÇON (Émile) — *Code Pénal Annoté. Nouvelle édition refondue et mise à jour par ROUSSELET (Marcel), PATIN (Maurice) e ANCEL (Marc)*, Paris-Vème, Tomes I (s.d.) e II (1956).
- GARILLI — veja-se VINCENZO (Garilli Dott).
- GARRAUD (R.) — *Précis de droit criminel*, 5.<sup>a</sup> ed., Paris, 1895.
- GARRAUD (R.) — *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* (Paris, 1907-1929), 6 vols.
- GEIER (Friedr. Wilh.) — veja-se ROSENBERG.
- GEPPERT (Klaus) — veja-se QUENSEL.
- GERLAND (Heinrich) — *Der Deutsche Strafprozess, Eine Systematische Darstellung, Neudruck der Ausgabe Mannheim 1927* — Scientia Verlag Aalen, 1977.
- GESSINGER (Ruy Armando) — *Perdão Judicial: É condenatória a sentença que o concede in Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977 (Questões Controvertidas)*, Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 67/70.
- GODNEFF — veja-se ANCEL.
- GOLDSCHMIDT (James) — *Materielles Justizrecht — Rechtsschutzanspruch und Strafrecht. Sonder — Abdruck aus der Festgabe für Dr. BERNHARD HÜBLER, Berlin, 1905*.
- GOMES (Hélio) — *Medicina Legal*, 7.<sup>a</sup> ed., Rio-São Paulo, 1963.
- GÓMEZ (Constantino di Marla) — *La querela (Napoli, 1935)*.
- GÓMEZ (Eusebio) — veja-se COLL.
- GRINOVER (Ada Pellegrini) — *As Condições da Ação Penal*, São Paulo, 1977.
- GRINOVER (Ada Pellegrini) — veja-se COSTA JR.
- GRÜNWARD (Gerard) — veja-se QUENSEL.
- GUARNIERI (Giuseppe) — *Azione Penale in Novissimo Digesto Italiano, diretto da ANTONIO AZARA e ERNESTO EULA*, vol. II, Torino, 1958, págs. 64-69.
- HANACK (Ernst-Walter) — veja-se QUENSEL.
- HARTMANN (Peter) — veja-se BAUMBACH.
- HELLMER (Joachim) — *Recht (Fischer Bücherei KG, Frankfurt am Main und Hamburg, 1961)*.

- HENKEL (Heinrich) — *Strafverfahrensrecht, ein Lehrbuch*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968.
- HORACK JR. (Frank E.) — veja-se SUTHERLAND.
- HÜBLER (Bernhard) — veja-se GOLDSCHMIDT.
- HUNGRIA (Nelson) — *Extinção da punibilidade em face do novo Código Penal*, in *Revista Forense*, vol. LXXXVII (Rio de Janeiro, 1941), págs. 579-596.
- HUNGRIA (Nelson) — *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1945.
- HUNGRIA (Nelson) — *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, vol. VII (1955).
- HUNGRIA (Nelson) — *Os Crimes Eleitorais*, in *Revista Eleitoral da Guanabara*, ano I, Rio, 1968, n.º 1, págs. 129-138.
- HUNGRIA (Nelson) — *Em Torno ao Anteprojeto do Código Penal — II*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal — Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara*, Ano I, Nova fase, n.º 4, janeiro-março, 1964, págs. 37-41.
- HUNGRIA (Nelson) — e LACERDA (Romão Cortes de) — *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1947, vol. VIII.
- HUNGRIA (Nelson) e FRAGOSO (Heleno Cláudio) — *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio, vol. I, tomos I (1977) e II (1978).
- JACUSCH (Heinrich) — veja-se ROSENBERG.
- JESCHECK (Hans-Heinrich) — *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2.ª edição (2. Auflage), baseada na 2.ª Reforma da Legislação Penal (2. Strafrechtsreformgesetz), projetada para entrar em vigor a 1-10-1973 (*Vorgesehen für das Inkrafttreten war ursprünglich der 1.10.1973*), Berlin, 1972.
- JESUS (Damásio E. de) — *Direito Penal*, São Paulo, 2.ª ed., 1977, vol. I.
- JESUS (Damásio E. de) — *O Novo Sistema Penal (Interpretação e Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977)*, Ed. Saraiva, 1977.
- JESUS (Damásio E. de) — *Decisões Anotadas do Supremo Tribunal Federal em Matéria Criminal*, Ed. Saraiva, 1978.
- KASER (Max) — *Römisches Privatrecht, ein Studienbuch*, München, 1968.
- JUNG (Heike) — veja-se ROXIN.
- KAUFMANN (Armin) — veja-se QUENSEL.
- KERN (Eduard) — *Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch*, München und Berlin, 1960.
- KLUG (Ulrich) — veja-se QUENSEL.
- KOFFKA (Else) — veja-se ROSENBERG.
- KOHLAAS (Max) — veja-se ROSENBERG.
- KÖST (Ewald) — *Juristisches Wörterbuch*, 7 Auflage, Bremen, 1967.
- KOURISLKY (CH.) — veja-se ANCEL.

## BIBLIOGRAFIA

673

- LACERDA (Romão Cortes de) — veja-se HUNGRIA.
- LAMPE (Ernest-Joachim) — veja-se QUENSEL.
- LAMPIS (Giuseppe) — *Perdono Giudiziale in Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. IX, págs. 839/842.
- LATTANZI (Giuseppe) — *I Codici Penali con la Costituzione e Leggi Varie Annotati, ottava edizione aggiornata ad Aprile 1974*, Milano.
- LAUTERBACH (Wolfgang) — veja-se BAUMBACH.
- LEAL (Antônio Luís da Câmara) — *Da prescrição e da decadência* (São Paulo, 1939).
- LEAL (Antônio Luís da Câmara) — *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, Rio, 1942-1943, 4 vols.
- LEÃO (Nilzardo Carneiro) — *Do Processo Penal Eleitoral Brasileiro*, Recife, 1964.
- LEH (Tibor) — *Le Noveau Code Pénal Hongrois in Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, 1962, fasc. 2, págs. 412/417.
- LEIVAS (Antero Ryff) — *O Perdão Judicial e a Não-Aplicação da Pena in Aplicação da Lei n.º 6.416, de 24-5-1977 (Questões Controvertidas)*, Associação dos Juizes do R.G.S., Coleção AJURIS/6, Porto Alegre, 1977, págs. 51/52.
- LENCKNER (Theodor) — veja-se QUENSEL.
- LEONE (Giovanni) — *Trattato di diritto processuale penale*, Nápoli, 1961, 3 vols.
- LEONE (Mauro) — *Problemi Attuali di Procedura Penale*. Jovene Editore, Nápoli, 1974.
- L'ISLE (G. Brière de) e GOGNIARD (P.) — *Procédure Pénale*, tome I (Paris, 1971), tome II (Paris, 1972).
- LISZT (Franz von) — SCHMIDT (Eberhard) — *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1927.
- LIJÉ (Giambattista) — *Azione Popolare (Estratto dalla Enciclopedia Giuridica Italiana)*, Milano, 1903.
- LYRA (Carlos Tavares de) — *A Prerrogativa da Graça no Direito Brasileiro*, Rio, 1943.
- LYRA (Roberto) — *Comentários ao Código Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1942, vol. II.
- LYRA (Roberto) — *Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. Revista Forense, Rio, 1944, vol. VI.
- MACEDO (Raimundo) — *Da Extinção da Punibilidade*, Ed. Revista Forense, Rio, 1946.
- MACHADO (Alcântara) — *Projeto do Código Criminal Brasileiro* (São Paulo, 1938).
- MACHADO (Alcântara) — *Nova Redação do Projeto de Código Criminal do Brasil*, São Paulo, 1940.

- MAGGIORE (Giuseppe) — *Diritto Penale*, Bologna, vols. I. 2 tomos (1949), e II, 2 tomos (1948).
- MAIHOFFER (Werner) — veja-se QUENSEL.
- MANDRIOLI (Crisanto) — *Pressuposti processuali in Novissimo Digesto Italiano, diretto da ANTONIO AZARA e ERNESTO EULA*, vol. XIII, Torino, 1957, págs. 784-795.
- MANZINI (Vincenzo) — *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano, terza edizione aggiornata e accresciuta*, Torino, 1949, 4 vols.
- MANZINI (Vincenzo) — *Trattato di Diritto Penale Italiano, Nuova edizione completamente aggiornata*, Torino, vols. I a VI (1950) VII, VIII (1951), IX e X (1952).
- MARICONDE (Alfredo Vélez) — *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1969, 2 tomos.
- MAROI (Fulvio) — veja-se RUGGIERO.
- MARQUES (José Frederico) — *Da Competência em Matéria Penal*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.
- MARQUES (José Frederico) — *Curso de Direito Penal*, São Paulo, vols. I (1954), II, III (1956) e IV (1961).
- MARQUES (José Frederico) — *Estudos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio, 1960.
- MARQUES (José Frederico) — *Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio-São Paulo, vols. I, II (1961), III (1962) e IV (1965).
- MARSICO (Alfredo de) — *Diritto Penale, Nápoli*, 1935.
- MARSICO (Alfredo de) — *Lezioni di diritto processuale penale (Nápoli*, 1938).
- MARX (Yvonne) — veja-se ANCEL.
- MASSARI (Eduardo) — *Lineamenti del processo penale italiano* (2.<sup>a</sup> ed., Nápoli, 1929).
- MAURACH (Reinhart) — *Deutsches Strafrecht, ein Lehrbuch*, Verlag C. F. Müller Karlsruhe. *Allgemeiner Teil* (1954) — *Besonderer Teil* (1953).
- MAURACH (Reinhart) — *Deutsches Strafrecht, ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil*, 4. völlig neuarbeitete Auflage. Die neue Auflage fusst ausschliesslich auf dem 2. Strafrechtsreformgesetz (4.<sup>a</sup> edição, baseada, exclusivamente, na 2.<sup>a</sup> Reforma da Legislação Penal, a vigorar em 1. Oktober 1973), Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1971.
- MAURICIO (Artur) — veja-se PINHEIRO.
- MAXIMILIANO (Carlos) — *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, Rio-São Paulo, 4.<sup>a</sup> ed., 1948, 3 vols.
- MAXIMILIANO (Carlos) — *Decadência in Direito*, vol. I, Rio, 1940, págs. 41-42.

- MCCAFFREY (Francis J.) — *Statutory Construction*, New York, 1953.
- MEIRELLES (Hely Lopes) — *Direito Administrativo Brasileiro*, 6.<sup>a</sup> ed. atualizada, São Paulo, 1978.
- MENDONÇA (Manuel Inácio Carvalho de) — *Doutrina e prática das obrigações* (Curitiba, 1908).
- MERCKER (Reinhold) — *Grundgesetz — Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Stuttgart, 1961.
- MESTIERI (João) e BATISTA (Nilo) — *Advocacia Criminal*, Rio, 1978.
- MEZGER (Edmondo) — *Diritto penale (Strafrecht) — Trad. dell' Avv. FILIPPO MANDALARI (Padova, 1935)*.
- MEZGER (Edmund) — *Strafrecht, ein Studienbuch (München und Berlin)*. I. *Allgemeiner Teil* (1958) — II. *Besonderer Teil* (1956).
- MILILLO (Domenico) — *La querela come eccezione al principio di oficialità dell' azione penale*, in *Annali di Diritto e Procedura Penale* (Torino, ano V, 1936).
- MIRANDA (Darcy Arruda) — *Repertório de Jurisprudência do Código do Processo Penal*, vols. I, II (S. Paulo, s.d.), III, IV (1.<sup>o</sup> Suplemento, S. Paulo, 1953), V, VI (S. Paulo, 1954), VII, VIII (Rio, 1958), IX e X (S. Paulo, 1963).
- MIRANDA (Darcy Arruda) — *Comentários à Lei de Imprensa*, São Paulo, 1969, 2 vols.
- MIRANDA (Pontes de) — *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, São Paulo, vols. I a III (1973), IV a VI (1974).
- MORAIS (Evaristo) — veja-se PEREIRA.
- MUTHER (Theodor) — *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singular-succeSSION in Obligationen (Eine Kritik des WINDSCHEIDS-CHEN Buchs: "Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts")*, Erlangen, 1857, Neudruck, 1969 — Scientia Verlag Aalen.
- NOLL (Peter) — veja-se QUENSEL.
- NORONHA (E. Magalhães) — *Direito Penal*, São Paulo, vols. I (1977), II (1976), III e IV (1977).
- OCHSEBEIN (Denys) — veja-se PANCHAUD.
- OLSHAUSEN (Justus) — *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin, Band I (1900) und II (1901).
- PALERMO (Antonio) — *Preteza in Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1966, vol. XIII, págs. 803/808.
- PANCHAUD (André) e OCHSEBEIN (Denys) — *Code Pénal Suisse Annoté*, Editions Payot Lausanne, 1975.

- PATACAS (António) — *Código Penal e Código de Processo Penal Actualizados*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1978.
- PATIN (Maurice) — veja-se GARÇON.
- PEDREIRA (Mário Bulhões) — veja-se PEREIRA.
- PEREIRA (Vergílio Sá) — *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil* — Projeto (Rio de Janeiro, 1928).
- PEREIRA (Vergílio Sá); MORAIS (Evaristo de); PEDREIRA (Mário Bulhões) — *Projeto do Código Criminal* (Rio de Janeiro, 1933).
- PERGOLA (Ugo) — *Il reato* (Roma, 1930).
- PETERS (Karl) — *Strafprozess, ein Lehrbuch*, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1966.
- PIACENZA (Scipione) — *Reato Complesso in Novissimo Digesto Italiano diretto da ANTONIO AZARA e ERNESTO EULA*, vol. XIV, Torino, 1957, págs. 963-967.
- PICANÇO (Melquiades) — *Ligeira contribuição ao estudo da decadência e da prescrição*, in *Jornal do Comércio*, de 7-2-1943.
- PIMENTEL (Manoel Pedro) — *Do Crime Continuado*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 1969.
- PINATEL (Jean) — veja-se BOUZART.
- PINHEIRO (Rui) e MAURÍCIO (Artur) — *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa, 1976.
- PINHO (Demosthenes Madureira de) — *Medidas de Segurança*, Rio, 1938.
- PIRAGIBE (Vicente) — *Códigos penais estrangeiros: Argentina, Peru, Itália* (Rio, 1934).
- PIROMALLO (Alfredo Jannitti) — *La Revisione dei Giudicati Penali*, Roma, 1947.
- PLÓSZ — *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Lipsia, 1880.
- PORTO (Antonio Rodrigues) — *Da Prescrição Penal*, 2.<sup>a</sup> Tiragem, São Paulo, 1972.
- PUIGCEVER (Carlos Viada Lopez) y ALONSO (Pedro Aragoneses) — *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1974, 2 vols.
- QUENSEL (Stephan), BAUMANN (Jürgen), BRAUNECK (Anne-Eva), HANACK (Ernst-Walter), KAUFMANN (Arthur), KLUG (Ulrich), LAMPE (Ernest-Joachim), LENCKNER (Theodor), MAHOFER (Werner), NOLL (Peter), ROXIN (Claus), SCHMITT (Rudolf), SCHULTZ (Hans), STRATENWERTH (Günter), STREE (Walter), ARZT (Gunther), BACKES (Otto), GEPPERT (Klaus), GRÜNWALD (Gerard), KAUFMANN (Armin), ROLINSKI (Klaus), SCHÖNE (Wolfgang) e SPRINGORUM (Horst Schuler) — *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, J. C. B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen, *Allgemeiner Teil* (1969) — *Besonderer Teil* (1971).



## BIBLIOGRAFIA

677

- QUINTANO (Johanna Heilpern de) — veja-se RIPOLLÉS.
- RAMÍREZ (Sérgio Garcia) — *Curso de Derecho Procesal Penal, México*, 1974.
- RANIERI (Sílvio) — *L'azione penale (Milano, 1928)*.
- RANIERI (Sílvio) — *Il reato complesso (Milano, 1940)*.
- RIBEIRO (Fávila) — *Direito Eleitoral*, Forense, Rio, 1976.
- RIPOLLÉS (A. Quintano) e QUINTANO (Johanna Heilpern de) — *Diccionario de Derecho Comparado, I. Alemán-Español, Madrid*, 1951.
- RICCIO (Giuseppe) — *La volontà delle parti nel processo penale, Nápoli*, 1969.
- RIVAROLA (Rodolfo) — *Exposición y critica del Código Penal Argentino (Buenos Aires, 1890)*, 3 vols.
- ROCCO (Arturo) — *Amnistia, Indulto e Grazia nel Diritto Penale Romano (Estratto della Rivista Penale, vol. XLIX, fasc. I)*, Torino, 1899.
- ROEDER (Hermann) — *Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes, Wien*, 1863.
- ROLINSKI (Klaus) — veja-se QUENSEL.
- ROMEIRO (João Marcondes de Moura) — *Dicionário de Direito Penal (Rio de Janeiro, 1905)*.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Da Ação Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1978.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, Ed. Saraiva, 1978.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Revisão (Aspectos)*, Forense, Rio, 1964.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *O Perdão Judicial in Jornal do Comércio*, de 15-7-1951; *Revista Forense*, vol. CXXXVII, págs. 358/361; e *Revista dos Tribunais*, vol. 194, págs. 503/509.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Perdão Judicial in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro (J. M. de Carvalho Santos)*, vol. XXXVII, págs. 34/41; e *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara)*, Ano III, Nova fase, n.º 10, julho-setembro, 1965, págs. 73/87.
- ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Subsídios para o futuro Código de Processo Penal (Conferência pronunciada no II Encontro Nacional de Magistrados, realizado em Petrópolis, de 13 a 15 de junho de 1974) in Revista de Direito Penal — Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes*, ns. 13-14, Rio, janeiro-junho, 1974, págs. 53-63; LITIS — *Revista Trimestral de Direito Processual*, Rio, ano I, vol. I,

out. 1974, págs. 135-149; e *Arquivos do Tribunal de Alçada*, Estado do Rio de Janeiro, ano VIII, n.º 13, 1976, págs. 1-13.

ROMEIRO (Jorge Alberto) — *Efeitos civis da sentença penal in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano VIII, n.º 21, Rio, 1969, págs. 17-24.

ROMEIRO (Jorge Alberto) — *A Justiça Penal e sua posição na Sociedade Moderna in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, ano IX, 1970, n.º 22, págs. 50-57.

ROMEIRO (Jorge Alberto) — *III Congresso Internacional de Magistrados*, em Berlim, *Noticiário traduzido e concentrado do Deutscher Richterbund Bund der Richter und Staatsanwälte in der Bundesrepublik Deutschland e. V.* — 4 Düsseldorf, *Neubrückstrasz 7 (information Nr. 6 — 1969) in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, Rio, 1970, n.º 22, págs. 596/598.

ROMEIRO JUNIOR (Jorge Alberto) — *Requisição da ação penal (verbete do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro por J. M. DE CARVALHO SANTOS, coadjuvado por JOSÉ DE AGUIAR DIAS e R. A. AMARAL VIEIRA)*, vol. 49, Rio, s.d., págs. 287/290.

ROSENBERG (Löwe) — *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz — Grosskommentar. Einundzwanzigste, neu bearbeitete Auflage, herausgegeben von DÜNNEBIER (Hanns), JAGUSCH (Heinrich), SARSTEDT (Werner), KOHLHAAS (Max), SCHÄFER (Karl) und GEIER (Frieder. Wilh.)*, Berlin. *Erster Band* (1963), *Zweiter Band* (1965) und *Ergänzungsband und Gesamtregister* (1967). (Neste último volume, houve a substituição do colaborador FIEDR. GEIER por ELSE KOFFKA.)

ROUSSELET (Marcel) — veja-se GARÇON.

ROXIN (Claus), STREE (Walter), ZIPF (Heinz) e JUNG (Heike) — *Einführung in das neue Strafrecht, München*, 1975.

ROXIN (Claus) — veja-se QUENSEL.

RUGGIERO (Roberto de) — *Instituições de direito civil* — Trad. da 6.ª ed. italiana, com notas remissíveis aos Códigos Civis Brasileiro e Português, por ARI DOS SANTOS (São Paulo, 1934), 3 vols.

RUGGIERO (Roberto de) e MAROI (Fulvio) — *Istituzioni di Diritto Privato, ottava edizione rinnovata secondo il nuovo codice*, Milano, 1950, 2 vols.

SAMPAIO (Arnaldo) — *O Perdão Judicial in Revista Forense*, vol. 168, págs. 465/471.

- SANTORO (Arturo) — *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933.
- SANTORO (Arturo) — *Estinzione del reato e della pena in Novissimo Digesto italiano*, UTET, 1960, vol. VI, págs. 991/996.
- SANTORO (Arturo) — *Querela in Novissimo Digesto italiano*, UTET, 1967, vol. XIV, págs. 641/658.
- SANTOS (J. M. de Carvalho) — veja-se **ROMEIRO** e **ROMEIRO JÚNIOR**.
- SARSTED (Werner) — veja-se **ROSENBERG**.
- SCHÄFER (Karl) — veja-se **ROSENBERG**.
- SCHMIDT (Eberhard) — *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen — Vandenhoeck & Ruprecht, vols. I (1964), II (1957), Suplemento ao vol. II (1967) e III (1960).
- SCHMIDT (Eberhard) — veja-se **LISZT**.
- SCHMITT (Rudolf) — veja-se **QUENSEL**.
- SCHÖNE (Wolfgang) — veja-se **QUENSEL**.
- SCHÖNKE (Adolf) e SCHRÖDER (Horst) — *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1970.
- SCHÖNKE (Adolf) — veja-se **SIMSON**.
- SCHREIBER (Alfred) — *Terminologie Juridique — Juristisches Wörterbuch (Droit Pénal et Procédure Pénale)*, Genève, 1949.
- SCHRÖDER (Horst) — veja-se **SCHÖNKE**.
- SCHULTZ (Hans) — veja-se **QUENSEL**.
- SCHWARZ (Otto) — *Strafprozessordnung*, 22. Auflage, München und Berlin, 1960.
- SCHWARZ (Otto) — **SCHWARZ (Günther)** — *Strafgesetzbuch, einundzwanzigste, durchgearbeitete Auflage*, München und Berlin, 1958.
- SCHWARZ (Otto) — veja-se **DREHER**.
- SCHWARZ (Günther) — veja-se **SCHWARZ (Otto)**.
- SERINI (Eugen) — veja-se **TLAPEK**.
- SILVA (Antônio José da Costa) — *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado* (São Paulo, 1930-1938), 2 vols.
- SILVEIRA (V. César da) — *Dicionário de Direito Romano*, São Paulo, 1957, 2 vols.
- SIMSON (Gerhard) — *Das Zivil — und Strafprozessgesetz Schwedens (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, herausgegeben von Professor Dr. ADOLF SCHÖNKE, Nr. 58)*, Berlin, 1953.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Projeto de Código Penal Brasileiro* (Rio, 1913).
- SIQUEIRA (Galdino) — *Curso de Processo Criminal*, São Paulo, 1917.

- SIQUEIRA (Galdino) — *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 1921-1924, 2 vols.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Ação Penal in Revista Forense*, vol. 103, Rio, 1945, págs. 231-239.
- SIQUEIRA (Galdino) — *Tratado de Direito Penal*, 4 tomos, Rio, 1947.
- SISMOND (S. E.) — veja-se ANCEL.
- SOLER (Sebastian) — *Derecho Penal Argentino*, 2.<sup>a</sup> Reimpresion total, Buenos Aires, 1953, 5 tomos.
- SOUZA (H. F. Henriques de) — *Constituição Política do Império do Brasil anotada* (Recife, 1854).
- SOUZA (Rubens Gomes de) — veja-se COUTURE.
- SOUZA (Joaquim José Caetano Pereira e) — *Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal*, 1.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1831.
- SOUZA (Joaquim José Caetano Pereira e) — *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil (Acomodadas ao Foro do Brasil até o ano de 1877, por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS)*, Rio, 1906.
- SOUZA (José Barcelos) — *Do Arquivamento*, Belo Horizonte, 1969.
- SPIEZIA (Vincenzo) — *Reato complesso, in Nuovo Digesto Italiano*, vol. X (Torino, 1939), págs. 1.238-1.242.
- SPRINGORUM (Horst Schüller) — veja-se QUENSEL.
- STEELE (Evandro) — *Revisão Criminal "Pro Societate"*, Niterói, RJ, 1971.
- STRATENWERTH (Günter) — veja-se QUENSEL.
- STREE (Walter) — veja-se QUENSEL.
- STREE (Walter) — veja-se ROXIN.
- SUTHERLAND (J. G.) — *Statutes and Statutory Construction — Third Edition by FRANK E. HORACK JR.*, Chicago, 1943, 3 vols.
- TLAPEK (Ludwig F.) e SERINI (Eugen) — *Die österreichische Strafprozessordnung, Manzsche Verlags — und Universitätsbuchhandlung*, Wien, 1960.
- TORNAGHI (Hélio) — *Instituições de Processo Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Saraiva, São Paulo, vols. I-II (1977), III-IV (1978).
- TORNAGHI (Hélio) — *Instituições de Processo Penal*, 1.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1959, vols. I, III e V.
- TORNAGHI (Hélio) — *Comentários ao Código de Processo Civil*, sob a coordenação de SÉRGIO BERMUDEZ, Editora Revista dos Tribunais, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, vols. I (1976), II (1977).
- TORNAGHI (Hélio) — *Anteprojeto de Código de Processo Penal*, Rio, 1963.
- TOURINHO FILHO (Fernando da Costa) — *Processo penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Bauru, São Paulo, 1975, 4 vols.
- TRUMPER (Dora) — *Código Penal de la Republica Popular Hungara (Tradución)*, Budapest, 1963.

- VALVERDE (Trajano de Miranda) — *Comentários à Lei de Falências*, 2.<sup>a</sup> ed., Revista Forense, Rio, 1955, 4 vols.
- VANNINI (Ottorino) — *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1953.
- VIEIRA (R. A. Amaral) — veja-se ROMEIRO JUNIOR.
- VICENZO (Garilli Dott.) — *Prescrizione, decadenza e perenzione*, Milano, 1913.
- WELZEL (Hans) — *Das Deutsche Strafrecht*, 6. Auflage, Berlin, 1968.
- WINDSCHEID (Bernhard) — *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, Neudruck, 1969, Scientia Verlag Aalen.
- WINDSCHEID (Bernhard) — *Die Actio (Abwehr gegen Dr. THEODOR MÜLLER)*, Düsseldorf, 1857, Neudruck, 1969 — Scientia Verlag Aalen.
- YADIN (U.) — *The Israeli Criminal Procedure Law*, Sweet & Maxwell Limited, London, 1967.
- ZANOBINI (Guido) — *Le Sanzioni Amministrative*, Torino, 1924.
- ZIPF (Heinz) — veja-se ROXIN.

## REPOSITÓRIOS DE JURISPRUDÊNCIA E DE DOUTRINA

- Anais da Primeira Conferência de Desembargadores.
- Annali di Diritto e Procedura Penale*.
- Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores.
- Arquivo Judiciário.
- Arquivos do Tribunal de Alçada (Guanabara — Rio de Janeiro).
- Bulletin Trimestriel de la Société de Législation Comparée*.
- Diário do Congresso Nacional.
- Diário da Justiça.
- Direito.
- Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Imprensa Nacional).
- Jurisprudência do Tribunal de Apelação (Imprensa Nacional).
- LITIS — Revista Trimestral de Direito Processual (Rio).
- Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (Órgão Oficial do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara), Nova fase.
- Revista do Conselho Penitenciário Federal.
- Revista de Direito.
- Revista de Direito Penal — Órgão oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes (Rio).
- Revista Eleitoral da Guanabara.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

Revista Forense.

Revista Trimestral de Jurisprudência (Supremo Tribunal Federal).

*Revue Internationale de Droit Comparée (Continuation du Bulletin de la Société de Législation Comparée), Paris.*

*Rivista Penale.*

## ÍNDICE DE ASSUNTOS

(Os números remetem aos itens. As indicações dentro dos parênteses são remissivas à segunda parte deste volume, ou seja, à atualização feita pelo Professor Jorge Alberto Romeiro.)

## AÇÃO DEPENDENTE DE INSTÂNCIA PRIVADA, (n. 17, p. 510)

## AÇÃO PENAL

- como direito autônomo, (n. 3, pp. 488/492)
- como direito material e processual, (n. 1, p. 488; n. 6, pp. 494/495; n. 8, pp. 503/504)
- conceito, n. 1, (n. 1, pp. 487/488)
- condições da ação, (n. 11, p. 505)
- direito abstrato (*abstrakt klagerecht*), (n. 3, p. 490)
- distinção em pública e privada, n. 3, (n. 13, p. 506)
- e a escola clássica, (n. 2, p. 488)
- e anistia, (n. 4, p. 493)
- e indulto, (n. 4, p. 493)
- e pretensão punitiva, (n. 2, p. 488; n. 3, pp. 490/492)
- formas nas épocas históricas, n. 4
- negadores de sua concepção como direito subjetivo, (n. 4, pp. 492/493; n. 5, pp. 493/494)
- no Código brasileiro, n. 5
- no direito penal romano, (n. 12, pp. 505/506)
- nos casos de conexão ou continência entre crimes de ação penal pública e privada, (n. 28, p. 530)
- nos crimes eleitorais, (n. 23, pp. 518/519)
- objetivo, n. 2, (n. 1, p. 488)
- o Código não distinguiu, para efeito do lapso prescricional, os crimes de ação pública dos de ação privada, n. 127
- refutação dos que a repelem como direito substantivo, (n. 7, pp. 495/503)
- ver *Extinção da punibilidade; Prescrição*

## AÇÃO PENAL EX OFFICIO, (n. 23 e n. 24, pp. 515/521)

## AÇÃO PENAL POPULAR

- admissão pela lei de responsabilidade, (n. 25, p. 521)
- em nosso direito, n. 6
- rejeição pelas Leis n.ºs 4.898, de 9.12.1965 (emendada pela Lei n.º 6.657, de 5.6.1979) e 5.249, de 9.2.1967, (n. 25, p. 521)

## AÇÃO PENAL PRIVADA

- crimes em que cabe, (n. 26, pp. 522/524)
- definição e fundamentos, (n. 26, pp. 521/522)



**Ação penal privada (cont.)**

- disponibilidade e revogabilidade, (n. 27, p. 525)
- indivisibilidade, (n. 15, p. 509; n. 27, p. 525)
- legislação comparada, (n. 7, pp. 500/501)
- personalíssima, (n. 26, p. 524; n. 27, pp. 525/526; n. 29, p. 530; n. 70, p. 573; n. 79, pp. 588/589; n. 82, p. 591; n. 97, p. 616)
- ver *Queira*

**AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA**

- e arquivamento de inquérito policial a requerimento do Ministério Público, (n. 28, pp. 529-530)
- finalidade, (n. 28, p. 528)
- na legislação comparada, (n. 28, pp. 527/528)
- prazo para sua interposição, (n. 28, p. 529)
- ver *Extinção da punibilidade pela perempção e queira*

**AÇÃO PENAL PÚBLICA** (n. 14 a n. 25, pp. 506/521)

- indisponibilidade, (n. 15, p. 508; n. 39, p. 548)
- indivisibilidade, (n. 15 e n. 16, pp. 509/510)
- legislação comparada, (n. 7, pp. 500/501)
- obrigatoriedade, (n. 15, p. 508/509)
- o *Strafverlange* do direito alemão, (n. 7, p. 501)

**ADULTÉRIO**

- ver *Crime de adultério*

**ALTERNATIV — ENTWURF EINES STRAFGESETZBUCHES** (Projeto Alternativo de um Código Penal ideal)

- e a retratabilidade de requisição do ministro da justiça, (n. 43, p. 533)
- e o princípio da reserva penal em matéria de medida de segurança, (n. 90, p. 604)
- em que consiste, (n. 7, p. 503)

**ANALOGIA IN BONAM PARTEM**

- e requisição do ministro da justiça, (n. 43, p. 550)

**ANALOGIA IN MALAM PARTEM**

- e ação penal, (n. 29, p. 532; n. 30, p. 533)
- não-cabimento em matéria de perempção, (n. 94, p. 614)

**ANISTIA**

- ver *Extinção da punibilidade pela anistia*

**ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL**

- conclusão do III Congresso Internacional de Magistrados em Berlim (1969)
- e política criminal, (n. 4, p. 493, nota 12)
- ver *Ação penal privada subsidiária*
- ver *Princípio de oportunidade*

**AUSÊNCIA DO OFENDIDO**

- ver *Ofendido*

**AUTO-ACUSAÇÃO FALSA**

- quando começa a correr a prescrição da ação neste crime, n. 139

**BIGAMIA**

- extinção da punibilidade neste crime, n. 28
- quando começa a correr a prescrição neste crime, n. 139

**BOA CONDUTA**

- e a prescrição, n. 84
- ver *Reabilitação*

**CASAMENTO**

- ver *Extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida e pelo casamento da ofendida com terceiro*

**CAUSAS IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO**

- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *prescrição da ação*) e *Prescrição da pena*

**CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO**

- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *prescrição da ação*) e *Prescrição da pena*

**CO-AUTORES**

- a eles se estende o indulto, n. 66
- ver *Extinção da punibilidade pela morte do agente; Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *prescrição da ação*); *Prescrição da pena*

**COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

- e morte do co-réu, (n. 80, pp. 589/591)
- em contravenção, (n. 23, pp. 516/517)

**CONCURSO DE CRIMES**

- de ações penais pública e privada, (n. 28, p. 530)

**CONDENAÇÃO**

- ver *Extinção da punibilidade*

**CONDENAÇÃO CONDICIONAL**

- e indulto, n. 68
- diferenciação entre esta e a reabilitação, n. 99
- quando começa a correr a prescrição da pena no caso de sua revogação, n. 144
- ver *Reabilitação e Extinção da punibilidade*

**CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE, (n. 7, pp. 498, 500 e 503)****CONEXÃO E CONTINÊNCIA**

- entre crimes de ação penal pública e privada, (n. 28, p. 530)
- sentido técnico, (n. 119, pp. 631/632)

**CONTRAVENÇÃO**

- competência por prerrogativa de função, (n. 23, pp. 516/517)
- é abrangida pela expressão “crime comum”, na técnica de nossas constituições, (n. 23, p. 517)
- ver *Princípio da prevalência*

**CRIME**

- e indenização civil, n. 117
- quais os crimes em que cabe anistia, n. 44
- quais os crimes em que cabe a retratação, n. 104
- quais os crimes em que cabe indulto, n. 60
- quais os crimes imprescritíveis, n. 83

**CRIME ACESSÓRIO**

- regra sobre extinção da punibilidade neste crime, n. 122

**CRIME COMPLEXO**

- casos, (n. 17, pp. 510 e 512; n. 21, pp. 514/515; n. 26, pp. 522 e 524; n. 32, pp. 536/537; n. 33, pp. 537/538 e 540; n. 34,

**Crime complexo (cont.)**

- pp. 540/541; n. 35, pp. 541/542; n. 36, pp. 543/544; n. 103, pp. 619/620)
- e ação penal, n. 10; (n. 32, pp. 534/537)
- e contravenção, (n. 32, p. 536)
- e estupro, (n. 33, pp. 537/540)
- e extinção da punibilidade, n. 123, (n. 36, pp. 543/544; n. 103, pp. 619/620; n. 118, pp. 630/631)
- e representação do ofendido, (n. 17, pp. 510 e 512; n. 37, p. 544)
- e requisição do ministro da justiça, (n. 21, pp. 514/515; n. 37, p. 544)
- e tentativa, (n. 35, pp. 541/542)
- e violência ficta, (n. 26, p. 524; n. 34, p. 541)
- generalidades, (n. 36, pp. 542/544)
- na legislação comparada, (n. 32, p. 535, nota 71; n. 33, p. 540, nota 80; n. 36, p. 543, nota 90)
- ver *Extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a ofendida*, (n. 103, pp. 619/620)
- *vexata quaestio* sobre a aplicação do art. 103 do Código Penal, (n. 38, pp. 544/546)

**CRIME CONEXO**

- e a anistia, n. 45
- efeito da interrupção da prescrição nestes crimes, n. 171
- e o indulto, n. 61
- extinção da punibilidade nestes crimes, n. 124
- ver *Conexão e Continência*

**CRIME CONSUMADO**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 134

**CRIME CONTINUADO**

- como se regula a prescrição, (n. 123, p. 635; n. 134, p. 646)
- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 135
- ver *Supremo Tribunal Federal*

**CRIME DE ADULTÉRIO**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 138
- ver *Ação penal privada personalíssima; Ofendido e Extinção da punibilidade pela morte do agente*

**CRIME DE HÁBITO**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 136

**CRIME INSTANTÂNEO, DE EFEITOS PERMANENTES**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 137

**CRIME MILITAR**

- não é considerado para efeito de reincidência, (n. 124, p. 636)

**CRIME PERMANENTE**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 135

**CRIME POLÍTICO**

- não é considerado para efeito de reincidência, (n. 124, p. 636)

**CRIME TENTADO**

- quando começa a correr a prescrição da ação, n. 134

**DECADÊNCIA**

- causas mais freqüentes, (n. 45, pp. 554/556)
- do direito de queixa ou de representação, n. 13

**Decadência (cont.)**

- e instrumento de mandato sem poderes específicos — art. 44 do Código de Processo Penal, (n. 45, pp. 554/555)
- e representante legal do ofendido, (n. 46, p. 556; n. 47, p. 557)
- na ação penal privada subsidiária, n. 16, (n. 49, pp. 558/559)
- nos casos de morte e de ausência do ofendido, (n. 48, pp. 557/558)
- prazo, como se conta, n. 14, n. 15, (n. 45, pp. 555/556)
- ver *Extinção da punibilidade pela decadência*; ver *Prescrição e extinção da punibilidade pela preempção*

**DECISÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA**, (n. 80, pp. 590/591; n. 85, pp. 594/595)

**DENÚNCIA**

- depois de oferecida, torna a representação irretratável, n. 12
- não interrompe o curso da prescrição quando oferecida em substituição à portaria — Lei n.º 4.611, de 2.4.1965, (n. 130, p. 642; n. 145, pp. 654/655)
- o que é, (n. 14, p. 508)
- o seu recebimento interrompe o curso da prescrição da ação, n. 167
- quando ocorre o seu oferecimento, (n. 39, p. 547)

**DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA**

- quando começa a correr a prescrição da ação neste crime, n. 139

**DIREITO COMPARADO**

- art. 102, §§ 1.º a 4.º, (p. 506)
- art. 104, (p. 547)
- art. 105, (p. 553)
- art. 106, (pp. 559/560)
- art. 107, (pp. 563/564)
- art. 108, (p. 567); I, (pp. 582/583); IV, (p. 605); VI, (pp. 616/617)
- art. 109, (pp. 632/633)
- art. 110, §§ 1.º e 2.º, (p. 634)
- art. 111, (pp. 645/646)
- art. 112, (p. 648)
- art. 113, (pp. 648/649)
- art. 114, (p. 649)
- art. 116, parág. único, (p. 653)
- art. 117, §§ 1.º e 2.º, (p. 654)
- art. 119, §§ 1.º a 3.º, (pp. 659/660)
- art. 120, parág. único, (p. 663)

**DIREITO DE CONTINUAÇÃO** (*Fortsetzungsrecht*), (n. 29, pp. 530/531; n. 31, p. 534)

**DIREITO DE QUEIXA**

- ver *Queixa*

**EQUIDADE**

- ver *Anistia*

**ERRO JUDICIÁRIO DE ARAGUARI**

- e autonomia do direito de ação, (n. 3, p. 490)

## EVASÃO DO CONDENADO, n. 146

- neste caso, como se conta o prazo prescricional, n. 147, (n. 138, p. 649)
- quais as consequências sobre o prazo prescricional, n. 148

## EXECUÇÃO DA PENA

- no caso de sua interrupção, quando começa a correr a prescrição, n. 145

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- causas gerais e especiais, n. 26
- causas não elencadas no art. 108 do Código Penal, n. 28 (n. 70 a n. 75, pp. 572/582)
- causas peculiares à ação e à condenação e causas comuns, n. 27
- como dispõem os Códigos sobre as causas extintivas da ação e da condenação, n. 25
- de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, (n. 118, pp. 630/631)
- e medida de segurança, (n. 76, p. 582; n. 129, p. 642)
- e extinção de pena por expiração do prazo de sua suspensão condicional, diferença, (n. 153, p. 663)
- e morte do ofendido, (n. 70, p. 573, nota 124; n. 79, pp. 588/589)
- e morte fictícia, (n. 78, pp. 583/588)
- e o movimento científico do processo no século passado, (n. 64, p. 568)
- e o princípio *in dubio pro reo*, (n. 135, pp. 646/647)
- justificativa dessa rubrica, que corrigiu a do código anterior “Extinção da ação penal e da condenação”, (n. 63 a n. 69, pp. 567-572)
- legislação comparada, (n. 65 a n. 66, pp. 569/570)

## No Crime Acessório, n. 121 e n. 122

## No Crime Complexo, n. 121 e n. 123, (n. 36, pp. 543/544; n. 103, pp. 619/620; n. 118, pp. 630/631)

## Nos Crimes Conexos, n. 121 e n. 124, (n. 119, pp. 631/632)

## Pela Anistia

- a apreciação do ato de anistia pelo Poder Judiciário, n. 43
- a competência para anistiar no direito brasileiro, n. 52
- anistia ampla ou plena, efeitos, (n. 88, pp. 596/601)
- competência da União Federal ou dos Estados para anistiar, n. 53
- condições, n. 46
- crimes em que cabe, n. 44
- diferenciação entre a graça, a anistia e o indulto, n. 54, (n. 84, p. 593, nota 180; n. 87, pp. 595/596)
- e a indenização civil, n. 50
- e o princípio *in dubio pro reo*, (n. 135, p. 647)
- efeitos, n. 47
- em que consiste a anistia, n. 41
- espécies, n. 42
- nos crimes conexos, n. 45
- poder competente para anistiar, n. 51
- por motivo de equidade, (n. 88, pp. 600/601)
- renúncia, n. 48
- revogação, n. 49

*Extinção da punibilidade (cont.)**Pela Decadência*

- conceito, diferenciações, n. 89, (n. 44, p. 553; n. 93, pp. 610/612; n. 98, p. 616)
- fundamento, n. 90, (n. 93, pp. 610/612)

*Pela Graça*

- condições, n. 55
- em sentido estrito, diferenciação entre a graça, a anistia e o indulto, n. 54, (n. 84, p. 593, nota 180; n. 87, pp. 595/596)
- fundamento, n. 38
- histórico do direito de graça, n. 36
- modalidades do direito de graça, n. 40
- o direito de graça no Brasil, n. 37
- pedido de graça, n. 56

*Pela Morte do Agente, n. 29*

- a situação do co-autor em face da morte da mulher casada respondendo ação penal por adultério, (n. 79, pp. 583/589)
- efeitos sobre a ação e a pena, n. 32
- efeitos sobre a indenização civil, n. 34
- efeitos sobre a pena pecuniária, n. 33
- e caução real ou fideijussória para pagamento de pena pecuniária (multa), (n. 81, p. 591)
- e competência jurisdicional, (n. 80, pp. 589/591)
- fundamento, n. 30
- histórico, n. 31
- nos casos de morte fictícia, (n. 73, pp. 583/588)
- nos crimes próprios, (n. 80, p. 589)
- outras consequências, n. 35

*Pela Perempção*

- aplicação da Súmula 310 do STF, (n. 95, pp. 614/615, nota 208)
- aplicação do parágrafo único do art. 61 do Código de Processo Penal, (n. 96, pp. 615/616)
- caráter de direito material, (n. 94, pp. 612/614)
- casos em que ocorre, n. 92
- como se diferencia da extinção da punibilidade pela decadência e pela prescrição, (n. 98, p. 616)
- conceito, fundamento, n. 91
- contagem de prazo, (n. 95, p. 614)
- e ação penal privada personalíssima, (n. 97, p. 616)
- inexistência na ação penal privada subsidiária, (n. 94, p. 613)

*Pela Prescrição*

- conceito e fundamento, n. 78 e n. 79
- condições ou restrições ao benefício, n. 85
- crimes imprescritíveis, n. 83
- e boa conduta, n. 84
- e retroatividade da lei, n. 88
- histórico, n. 81
- no direito brasileiro, n. 82
- opositores do instituto, n. 80
- renúncia, n. 87
- requerimento e decretação, n. 86

**Extinção da punibilidade (cont.)*****Pela Reabilitação***

- conceito, n. 96
- diferenciação com a revisão criminal, o livramento condicional e a condenação condicional, n. 99, (n. 153, pp. 661/663)
- e indenização, n. 100
- evolução histórica, n. 97
- finalidade, (n. 151 e n. 152, p. 661)
- formas, n. 101
- no direito brasileiro, n. 98
- posição do Código, n. 95

***Pela Renúncia do Direito de Queixa***

- diferenciação entre renúncia e perdão, n. 93
- renúncia do direito de queixa independente da aquiescência do ofensor, n. 94

***Pela Retratação***

- aceitação do ofendido, n. 108
- conceito, n. 102, (n. 101, pp. 618/619)
- condições, n. 106
- crimes em que cabe, n. 104
- diferenciação com as explicações em juízo e a conciliação, n. 105
- efeito, n. 103
- publicidade, n. 107

***Pela Retroatividade da Lei***

- criminosos a que beneficia, n. 75
- decreta-se de ofício, n. 76
- e a reincidência provisória instituída pela Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 89, pp. 602/603)
- e indenização civil, n. 77
- e medida de segurança, (n. 90, pp. 603/605)
- generalidades, n. 73
- noção, n. 74

***Pelo Casamento da Ofendida com Terceiro***

- e a revogada Súmula 388 do STF, n. 116
- e violência ficta, (n. 109, pp. 625/626)
- exegese do inciso IX do art. 108 da Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 108 a n. 113, pp. 624/629)
- histórico do inciso IX do art. 108 da Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 106 e n. 107, pp. 621/623)

***Pelo Casamento do Agente com a Ofendida***

- consenso das partes, n. 113
- crimes em que o casamento extingue a punibilidade, n. 110
- efeitos, n. 111
- impedimentos civis, n. 114
- influência da sua nulidade na ação penal, n. 115, (n. 104, p. 620)
- não ocorre nos crimes complexos, (n. 103, pp. 619/620)
- quando se realiza o do agente com a ofendida, extingue-se a punibilidade, n. 109
- realização do casamento, n. 112

***Pelo Indulto***

- a competência para indultar no direito brasileiro, n. 71
- a foragido, n. 67



**Extinção da punibilidade (cont.)**

- a processado ou a condenado, n. 59
- competência da União Federal ou dos Estados para indultar, n. 72
- conceito de indulto, defensores e opositores do instituto, n. 57
- condições, n. 62
- crimes e penas em que cabe, n. 60
- de penas impostas em decisões recorriáveis e antes mesmo de qualquer condenação, (n. 84, pp. 592/593)
- diferenciação entre a graça, a anistia e o indulto, n. 54, (n. 84, p. 593, nota 189; n. 87, pp. 595/596)
- e condenação condicional, n. 68
- efeitos, n. 63
- e indenização civil, n. 69
- e medida de segurança, n. 60
- e o princípio *in dubio pro reo*, (n. 86, p. 595)
- e os crimes conexos, n. 61
- e reincidência, (n. 85, p. 594)
- e revisão criminal, (n. 85, p. 595)
- espécies, n. 58
- indulto próprio e impróprio, (n. 84, pp. 592/593)
- não impede o julgamento de recurso interposto somente pela defesa, (n. 85, pp. 594/595)
- poder competente para indultar, n. 70
- renúncia, n. 64
- revogação, n. 65
- sua extensão aos co-autores, n. 66

*Peplo Perdão Judicial*, (n. 72 a n. 73, pp. 575/582)

***Pelo Ressarcimento do Dano, no Peculato Culposos***

- condições e época para o ressarcimento do dano, no peculato culposos, n. 118, n. 119 e n. 120
- crime e indenização, n. 117
- exegese do inciso X, do art. 108, da Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 116 e n. 117, p. 630)

**GRAÇA**

- ver *Extinção da punibilidade pela graça*

**FÓRMULA**

- Direito Romano n. 3; p. 489 (nota 4)

**IDADE**

- prova desta para redução dos prazos da prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 157
- seu limite, na velhice, para redução dos prazos da prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 155
- ver *Menoridade*

**INDENIZAÇÃO CIVIL**

- e anistia, n. 50 (n. 88, pp. 596/601)
- e a reabilitação, n. 100
- e a retroatividade da lei penal, n. 77
- e crime, n. 117
- e o indulto, n. 69
- e revisão criminal, (n. 101, p. 618)

Indenização civil (cont.)

- quais os efeitos da extinção da punibilidade, pela morte do agente, sobre a indenização civil, n. 34

**IN DUBIO PRO REO**

- e extinção da punibilidade, (n. 135, pp. 646/647)
- ver *Extinção da punibilidade pela anistia; Extinção da punibilidade pelo indulto e Pressuposto Processual*

**INDULGENTIA PRINCIPS**, e teoria sobre a moderna distinção entre anistia, graça e indulto, (n. 83, p. 592)

**INDULTO**, ver *Extinção da punibilidade pelo indulto*

**INTERPRETAÇÃO DE LEI**

- extensiva, (n. 27, p. 526; n. 70, p. 572, nota 123)
- palavra no plural e no singular, (n. 33, p. 540)

**INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA** (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) **E DA PENA**

- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e *Prescrição da pena*

**IRRETRATABILIDADE DA REPRESENTAÇÃO**

- ver *Representação do ofendido*

**JURISPRUDÊNCIA**

- fonte do direito, (n. 19, p. 513; n. 84, p. 593, nota 181; n. 89, p. 603; n. 106, p. 622)

**LEGISLAÇÃO**

- atualização: art. 108, II (pp. 591/592); art. 108, VIII (p. 619); (n. 136, p. 648; n. 139, p. 650; n. 140, p. 650)

**LEI DE IMPRENSA**

- não distingue a prescrição da decadência, (n. 91 e n.º 92, pp. 606/609)
- omissão da palavra “descendente” no art. 40, I, *d*, da Lei n.º 5.250, de 9.2.1967 (estava no prelo este livro, quando foi corrigida dita omissão, pela Lei n.º 6.640, de 8.5.1979), (n. 30, pp. 532/533)
- Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 121, p. 633; n. 133, pp. 644/645)

**LEX MITIOR**

- ver *Extinção da punibilidade pela retroatividade da lei*

**LIBERDADE PROVISÓRIA**

- em revisão criminal, (n. 3, pp. 490/491)

**LIVRAMENTO CONDICIONAL**

- diferenciação entre este e a reabilitação, n. 99
- quando começa a correr a prescrição da pena no caso de revogação do livramento, n. 144
- quando é revogado, como deve regular-se o prazo da prescrição, n. 149

**MEDIDA DE SEGURANÇA**

- e o indulto, n. 60
- e o princípio da reserva penal, (n. 90, pp. 604/605)
- legislação comparada, (n. 90, pp. 604/605)
- ver *Extinção da punibilidade* e *Extinção da punibilidade pela retroatividade da lei*

**MENORIDADE**

- para sua aferição é considerada a hora do nascimento, (n. 142, pp. 651/653)
- prova, (n. 141, pp. 650/651)

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

- seu figurino no Brasil, (n. 14, pp. 506/507, nota 36)

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

- crimes punidos mediante sua requisição, n. 7, (n. 21, pp. 514/515)
- ver *Requisição do ministro da justiça*

**MORTE**

- ver *Ofendido*

**MORTE DO AGENTE**

- ver *Extinção da punibilidade pela morte do agente*

**MULTA**

- ver *Extinção da punibilidade pela morte do agente*
- ver *Pena da multa*

**NORMA REMISSIVA** (*Norma di rinvio, Verhinderungsnorm*)

- no campo penal, (n. 70, p. 572, nota 123)

**NORMAS DE DIREITO PENAL MATERIAL E FORMAL**

- como se diferenciam (n. 8 e 9, pp. 503/505)

**OFENDIDO**

- aceitação da retratação do ofensor, n. 108
- crimes punidos mediante queixa sua ou de quem tenha qualidade para representá-lo, n. 8
- crimes punidos mediante sua representação, n. 7
- no caso de sua morte ou ausência, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação a quem passa, n. 9, (n. 29, n. 30 e n. 31, pp. 530/533)
- prazo para decair do direito de queixa ou representação, como se conta, na ação privada subsidiária, n. 13, n. 14, n. 15 e n. 16
- sua morte como causa extintiva da punibilidade nos crimes de ação penal privada personalíssima, (n. 70, p. 573, nota 124, e n. 82, p. 591)
- transferência do direito de representação no caso de sua morte ou ausência, (n. 29, p. 532)
- ver *Perdão do ofendido*

**PARQUET**

- origem da expressão, (n. 14, pp. 506/507, nota 36)

**PECULATO CULPOSO**

- condições e época para o ressarcimento do dano do peculato culposo, n. 118, n. 119 e n. 120

**PENA**

- em que cabe indulto, n. 60
- ver *Extinção da punibilidade*
- ver, também, *Prescrição da pena*

**PENA ACESSÓRIA**

- sua imprescritibilidade, n. 173

**PENA BASE**

- para a prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor (*Prescrição da ação*), n. 128, n. 125, p. 637, nota 228; e n. 127, p. 639)

**PENA DE MULTA**

- a reincidência não aumenta o prazo da prescrição dessa pena, (n. 124, p. 636)
- o lapso prescricional não varia de acordo com o seu valor, n. 151
- seu valor, pagamento em cotas, prescrição, n. 151
- sua prescrição, n. 150 e n. 151

**PENA EDITTALE**, (n. 125, p. 637, nota 228; e n. 127, p. 639)

**PENA PECUNIÁRIA**

- e caução real ou fidejussória para pagamento dessa pena (multa), (n. 81, p. 591)
- quais os efeitos da extinção da punibilidade, pela morte do agente, sobre a pena pecuniária, n. 33

**PERDÃO**

- diferenciação entre a renúncia do direito de queixa e o perdão, n. 93
- sua concessão e aceitação por representantes legais e voluntários, (n. 59, p. 565)
- ver *Perdão judicial*

**PERDÃO DO OFENDIDO**, n. 19

- aceitação e recusa, n. 23
- diferenciação entre consentimento para o crime e perdão, n. 20
- e custas do processo, (n. 62, p. 566)
- e perdão judicial, institutos diferentes, (n. 62, p. 566)
- exemplos de perdão tácito, (n. 53, pp. 561/562)
- extensibilidade do perdão, n. 24
- na hipótese de concurso de delitos, dependentes de queixa, (n. 61, p. 566)
- no crime de adultério, n. 21, (n. 57, pp. 564/565)
- nos casos de morte ou ausência do ofendido, (n. 60, p. 566)
- perdão limitado à ação, n. 21
- perdão processual ou extraprocessual, expresso ou tácito, n. 22
- ver *Extinção da punibilidade pelo perdão*

**PERDÃO JUDICIAL**

- a sentença que o concede é declaratória de extinção da punibilidade, não condenando nem absolvendo, (n. 75, pp. 580/582)
- conclusão da III Conferência Nacional de Desembargadores no 4.º Centenário da Cidade do Rio de Janeiro — 1965, (n. 75, p. 589)
- denominação, (n. 72, pp. 575/576)
- e interpretação extensiva, (n. 70, p. 572, nota 123)
- legislação comparada, (n. 72 e n. 73, pp. 575/578)
- o crime de adultério e a lei sobre divórcio, (n. 70, p. 572, nota 123)
- opiniões de Nelson Hungria e Frederico Marques, (n. 74, p. 579, nota 145; n. 75, p. 581, nota 147)
- sua *ratio essendi*, (n. 72 a n. 74, pp. 575/580)

**PEREMPÇÃO**

- ver *Extinção da punibilidade pela perempção e Analogia in malam partem*

**PODER JUDICIÁRIO**

- e o ato de anistia, n. 43

**POLÍTICA CRIMINAL**

- ver *Arquivamento de inquérito policial*

**PORTARIA**

- não interrompe o curso da prescrição, (n. 130, p. 642; n. 145, pp. 654/655)
- requisitos, (n. 24, pp. 519/520)

**PRAZO**

- antecedente legislativo da sua redução por motivo de idade, na prescrição da ação e da pena, n. 153
- aplicações da norma que dispõe sobre a sua redução por motivo de idade, na prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 156
- aumento do prazo prescrito da pena no caso de reincidência, n. 132
- como se conta o da prescrição, n. 129
- como se conta o da prescrição da pena no caso de evasão do condenado, n. 147, (n. 138, p. 649)
- da prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) ou da pena, do ponto de vista do seu início, da sua duração e do seu curso, n. 126, (n. 125, p. 637, nota 228; n. 127, p. 639; n. 130, p. 642; n. 145, pp. 654/655; e n. 147, pp. 655/656)
- de direito material e processual, como se conta, (n. 8, p. 504)
- duração dos prazos de prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 131
- fundamento da sua redução por motivo de idade, na prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 154
- limite de idade, na velhice, para redução do prazo de prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 155
- para decadência do direito de queixa ou representação, como se conta, na ação privada subsidiária, n. 13, n. 14, n. 15 e n. 16, (n. 45, pp. 554/556; n. 49, pp. 558/559)
- prova de idade para sua redução, na prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 157, (n. 141 e n. 142, pp. 650/653)
- quais as consequências sobre o da prescrição da pena, no caso de evasão do condenado, n. 148
- sua redução por motivo de idade, na prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*) e da pena, n. 152, (n. 141 e n. 142, pp. 650/653)

**PRESCRIÇÃO**

- a inclusão do *dies a quo* no seu prazo, n. 142
- antecedente legislativo na redução do prazo pela idade, n. 153
- antes de transitar em julgado a sentença final, (n. 120 e n. 121, p. 633)
- aplicações da norma sobre a redução dos prazos, n. 156
- a questão prejudicial é causa suspensiva, n. 159
- a redução do prazo e o direito de queixa, n. 158
- causas impeditivas do seu curso, n. 159

## Prescrição (cont.)

- causas interruptivas do seu curso, n. 166
- como se conta o seu prazo, n. 129
- como se diferencia da decadência, (n. 93, pp. 610/612)
- como se distingue a questão prejudicial da questão preliminar ou prévia, n. 161
- cômputo do prazo, n. 140
- conceito e características da questão prejudicial, n. 160
- confusão legal com a decadência, (n. 91 a n. 93, pp. 606/609)
- depois de transitar em julgado a sentença final condenatória para a acusação, (n. 125 a n. 132, pp. 636/644)
- desatualização da Súmula 146 do STF, (n. 132 e n. 133, pp. 643/645)
- efeito da sua interrupção nos crimes conexos, n. 171
- efeito da sua interrupção quanto aos co-autores do crime, n. 170
- e o parágrafo único do art. 336 do Código de Processo Penal, (n. 133, pp. 644/645)
- extensão dos prazos, n. 131
- fundamento da interrupção do seu curso, n. 165
- fundamento da redução, n. 154
- hipóteses de questão prejudicial, n. 163
- interrompe o seu curso o recebimento da denúncia ou da queixa, n. 167
- interrompido o seu curso, como se conta o novo prazo, n. 172
- interrupção pela publicação da sentença em mão do escrivão e não pela sua data, (n. 147, pp. 655/656)
- limite de idade, na velhice, para redução do prazo, n. 155
- no Código Penal brasileiro, n. 125
- o seu curso se interrompe pela pronúncia, pela decisão confirmatória da pronúncia e pela sentença condenatória recorável, n. 158
- o seu curso se interrompe pela reincidência, n. 169
- pela pena concreta e pela *pena edittale*, (n. 125, p. 637, nota 228; n. 127, p. 639)
- pena-base para o cálculo da prescrição, n. 128
- prazo para os crimes de ação pública e de ação privada, n. 127
- prazos, n. 126
- prova de idade para redução do prazo, n. 157
- quando começa a correr no crime consumado e no tentado, n. 134
- quando começa a correr no crime continuado e no permanente, n. 135
- quando começa a correr no crime de adultério, n. 138
- quando começa a correr no crime de hábito, n. 136
- quando começa a correr no crime instantâneo, de efeitos permanentes, n. 137
- quando começa a correr nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, n. 139
- quando começa a correr nos crimes de denúncia caluniosa, de auto-acusação falsa e de falso testemunho ou falsa perícia, n. 139
- quando retoma o seu curso, n. 163

**Prescrição (cont.)**

- que se estende como dia da ação do agente e dia da consumação do crime, n. 141
- redução do prazo, pela idade do delinquente, n. 152
- requisitos da questão prejudicial, n. 162
- suspende o seu curso o cumprimento de pena no estrangeiro, n. 164
- ver *Denúncia, Extinção da punibilidade pela perempção, Extinção da punibilidade pela prescrição e Portaria*

**PRESCRIÇÃO DA AÇÃO**

- expressão errônea e desatualizada, origem, (n. 68, pp. 570/571)
- expressão rejeitada por códigos penais estrangeiros, (n. 122, pp. 634/635)

**PRESCRIÇÃO DA PENA**

- antecedente legislativo na redução do prazo pela idade, n. 153
- aplicações da norma sobre a redução dos prazos, n. 156
- as penas mais leves prescrevem com as mais graves, n. 434
- aumento do prazo no caso de reincidência, n. 132
- causas impeditivas do seu curso, n. 159
- causas interruptivas do seu curso, n. 166
- como deve regular-se o prazo no caso de revogação do livramento condicional, n. 149
- como se conta o prazo no caso de evasão do condenado, n. 147
- como se regula, n. 130
- como se regula, quando somente o réu pode recorrer da condenação, n. 133
- como se regula, quando somente o réu recorre da condenação, n. 133
- de multa, n. 150 e n. 151, (n. 124, p. 636; n. 127, p. 639)
- efeito da interrupção nos crimes conexos, n. 171
- efeito da interrupção pela reincidência, quanto aos participantes do crime, n. 170
- extensão dos prazos, n. 131
- fundamento da interrupção do seu curso, n. 165
- fundamento da redução, n. 154
- imprescritibilidade da pena acessória, n. 173
- interrompido o seu curso, como se conta o novo prazo, n. 172
- interrupção extensiva a co-autor, (n. 148, p. 657)
- limite de idade, na velhice, para redução do prazo, n. 155
- não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo, n. 164
- o seu curso se interrompe pela reincidência, n. 169
- o seu curso se interrompe pelo início ou continuação do cumprimento da pena, n. 168
- prova de idade para redução do prazo, n. 157
- quais as consequências da evasão do condenado sobre o prazo prescricional, n. 148
- quando começa a correr, n. 143
- quando começa a correr no caso de interrupção da execução da pena, n. 145
- quando começa a correr no caso de revogação da condenação condicional e do livramento condicional, n. 144
- redução do prazo pela idade do delinquente, n. 152



**PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA** (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*)

- efeito da sua interrupção quanto aos co-autores do crime, (n. 148, p. 657)
- fundamento da interrupção do seu curso, (n. 93, pp. 610/611)

**PRESSUPOSTO PROCESSUAL**

- o que é, (n. 7, pp. 496/497 e 500)
- e o princípio *in dubio pro reo*, (n. 135, p. 647)

**PRETENSÃO PERSECUTIVA**, (n. 1, p. 488)**PRETENSÃO PUNITIVA**

- e ação penal, (n. 2, p. 488; n. 3, pp. 490/492)
- o que é, (n. 1, pp. 487/488)
- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*)

**PRINCÍPIO DA PERPETUATIO IURISDICTIONIS OU PERPETUATIO FORI**

- e morte do co-réu, (n. 80, pp. 590/591)

**PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA**

- crime de contravenção, (n. 32, p. 536)

**PRINCÍPIO DA RESERVA PENAL**

- ver *Medida de segurança*

**PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA EM MÃO DO ESCRIVÃO**

- ver *Prescrição*

**PRINCÍPIO DE LEGALIDADE**, (n. 15, pp. 508/509, nota 39)**PRINCÍPIO DE OPORTUNIDADE**

- em ação penal pública, (n. 4, pp. 492/493)
- em arquivamento de inquérito policial, (n. 4, pp. 492/493, nota 12)
- legislação comparada, (n. 4, p. 492, nota 12)

**QUEIXA**

- comunicabilidade da renúncia aos vários autores do delito, n. 18, (n. 56, p. 653)
- crimes punidos mediante queixa, n. 8, (n. 26, pp. 522/524)
- diferenciação entre a renúncia e o perdão, n. 93
- direito de queixa e redução do prazo de prescrição da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*), n. 158
- extingue-se a punibilidade pela renúncia desse direito, n. 93
- legislação comparada, (n. 7, p. 500)
- menor de 21 e maior de 18 anos, (n. 27, p. 526)
- mulher casada, (n. 27, pp. 526/527)
- o direito de oferecê-la ou de prosseguir na ação, em caso de morte ou ausência do ofendido, a quem passa, n. 9, (n. 29, n. 30 e n. 31, pp. 530/534)
- ofendido incapaz, (n. 27, pp. 525/526)
- o que é, (n. 27, p. 524)
- o seu recebimento interrompe o curso da pretensão punitiva (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*), n. 167
- pessoa jurídica, (n. 27, p. 527)
- prazo para o ofendido decair deste direito, como se conta na ação privada subsidiária, n. 13; n. 14; n. 15 e n. 16, (n. 45, pp. 554/556; n. 49, pp. 558/559)

**Quicixa (cont.)**

- renúncia, expressa ou tácita, desse direito, n. 17, (n. 52 e n. 53, pp. 561/562)
- Súmula 594 do STF sobre o seu exercício, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal, (n. 47, p. 557)
- ver *Ação penal privada; Ação penal privada subsidiária; e Decadência*

**QUESTÃO PREJUDICIAL**

- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*)

**QUESTÃO PRELIMINAR OU PRÉVIA**

- como se distingue da questão prejudicial, n. 161

**REABILITAÇÃO**

- como reparar o dano, para efeito de reabilitação, n. 180
- condições, n. 174
- decurso de tempo, n. 177
- de morto, n. 182
- e reincidência, n. 186, (n. 155, pp. 663/664; n. 156, pp. 664/665)
- e suspensão condicional da pena (*sursis*), (n. 153, pp. 661/663)
- finalidade, (n. 151 e n. 152, p. 661)
- formalidades do pedido, n. 181
- natureza da pena em que cabe, n. 175
- o “reabilitado” reincidente não pode obtê-la, com respeito à segunda pena, n. 187
- para que seja concedida é imprescindível o cumprimento da pena, n. 176
- penas a que não se aplica, n. 184
- prazo para renovação do pedido, n. 185
- só pode ser concedida quando o condenado deu provas efetivas de bom comportamento, n. 178
- só pode ser concedida se o condenado ressarcir o dano causado pelo crime, n. 179
- sua revogabilidade, n. 186

**REGISTRO CIVIL**

- quando começa a correr a prescrição da ação nos crimes de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, n. 139

**REINCIDÊNCIA**

- e indulto, n. 63
- específica, (n. 89, p. 602; n. 155, pp. 663/664)
- interrompe o curso da prescrição da pena, n. 169
- novo conceito (Lei n.º 6.416, de 24.5.1977), (n. 124, pp. 635/636; n. 149, pp. 657/658; n. 156, pp. 664/665)
- o reabilitado reincidente não pode obter a reabilitação, com respeito à segunda pena, n. 187
- pela prescrição, depois de transitar em julgado a sentença final condenatória para a acusação, (n. 129, p. 641)
- provisória, (n. 89, p. 602; n. 124, pp. 635/636; n. 149, pp. 657/658; n. 156, pp. 664/665)
- reabilitação do reincidente, n. 183
- ver *Crimes militares; Crimes políticos; Extinção da punibilidade pelo indulto; Extinção da punibilidade pela retroatividade da lei; Pena de multa; Reabilitação; e Supremo Tribunal Federal*

**RENÚNCIA**

- comunicabilidade da renúncia do direito de queixa aos vários querelados, n. 18, (n. 56, p. 563)
- da anistia, n. 48
- da prescrição, n. 87
- de menor que já haja completado 18 anos, (n. 54, p. 563)
- distinção entre renúncia e perdão, n. 93
- do indulto, n. 64
- expressa ou tácita do direito de queixa, n. 17, (n. 52 e n. 53, pp. 561/562)
- legislação comparada, (n. 52, p. 561, nota 107)
- nas hipóteses de morte ou ausência judicialmente declarada do ofendido, (n. 55, p. 563)
- o que é, (n. 52, pp. 560/561)
- quando o ofendido é incapaz, (n. 54, p. 563)
- só diz respeito ao direito de queixa e não ao de representação do ofendido, (n. 52, p. 561, nota 107)
- ver *Extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa*

**REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO**

- crimes em que cabe, n. 7, (n. 17, pp. 510/512)
- e anulação do processo, (n. 19, p. 513; n. 41, p. 548)
- fundamento, (n. 14, p. 507)
- indivisibilidade, (n. 42, pp. 548/550)
- na legislação comparada, (n. 7, pp. 500/501; n. 20, p. 514; n. 27, p. 525, nota 61; n. 40, p. 548; n. 42, pp. 549/550)
- não admite renúncia, (n. 52, p. 561, nota 107)
- por procuração, (n. 18, p. 513)
- prazo para o ofendido decair desse direito, como se conta, n. 13, n. 14, n. 15 e n. 16, (n. 45, pp. 554/556)
- quando incapaz o ofendido, (n. 18, pp. 512/513; n. 27, p. 526)
- retratabilidade antes de iniciada a ação, (n. 39, pp. 547/548)
- segundo a jurisprudência do S.T.F., acolhendo o princípio *iudex lex loques*, (n. 19, p. 513)
- sua forma, n. 12
- sua irretratabilidade, efeito da denúncia, n. 11 e n. 12
- Súmula 594 do S.T.F. sobre o seu exercício, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal, (n. 47, p. 557)

**REQUISICÃO DO MINISTRO DA JUSTIÇA**

- conclusão do IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins no Recife — 1969, (n. 43, p. 552)
- crimes em que cabe, n. 7, (n. 21, pp. 514/515)
- fundamento, (n. 14, p. 507)
- na legislação comparada, (n. 7, p. 501; n. 21, p. 514; n. 43, pp. 551/553)
- retratabilidade, (n. 43, pp. 550/553)

**RESSARCIMENTO DO DANO**

- sistemas legais existentes sobre o ressarcimento do dano causado pelo crime, (n. 115, pp. 629/630)
- ver *Extinção da punibilidade pelo ressarcimento do dano, no peculato culposos*
- ver, também, *Reabilitação*

**RETRATAÇÃO**

- ver *Extinção da punibilidade pela retratação*

**RETROATIVIDADE DA LEI**

- e a prescrição, n. 88
- ver *Extinção da punibilidade pela retroatividade da lei*

**REVISÃO CRIMINAL**

- diferenciação entre esta e a reabilitação, n. 99
- e indenização contra o Estado, (n. 101, p. 618)
- *pro societate*, (n. 100, p. 617)
- ver *Extinção da punibilidade pelo indulto; e Liberdade provisória*

**REVOGAÇÃO**

- da anistia, n. 49
- do indulto, n. 65

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL**

- o que é, (n. 28, p. 528)

**SUCESSÃO PROCESSUAL**, (n. 29, n. 30 e n. 31, pp. 530/534)**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- acolhimento do princípio *iudex lex loquens* em matéria de representação do ofendido, (n. 19, p. 513)
- competência constitucional para editar normas de direito processual (não material) sobre ação penal, (n. 8, p. 504)
- desatualização da Súmula 146, (n. 132 e n. 133, pp. 643/645) e a reincidência provisória instituída pela Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 89, p. 603)
- e crime complexo, (n. 38, p. 546)
- e o velho *ius honorarium* dos romanos, (n. 89, p. 603)
- e preempção, (n. 94, p. 613)
- extensão da palavra "crime" à contravenção em seu regimento interno, (n. 23, p. 516)
- prova de menoridade, (n. 141, pp. 650/651)
- sua jurisprudência praticamente como fonte de direito, (n. 84, p. 593; n. 89, p. 603; n. 106, p. 622)
- Súmula 310, (n. 95, pp. 614/615, nota 208)
- Súmula 388, revogação, (n. 106, pp. 622/623)
- Súmula 497, crime continuado e prescrição, (n. 123, p. 635; n. 134, p. 646)
- Súmula 594 e a nova redação do inciso IX do art. 108 do Código Penal, pela Lei n.º 6.416, de 24.5.1977, (n. 47, p. 557)

**SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA** (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*)  
**E DA PENA**

- ver *Prescrição da pretensão punitiva* (desatualizadamente denominada pelo Autor *Prescrição da ação*)

**VIOLÊNCIA FICTA**

- ver *Crime complexo; e Extinção da punibilidade pelo casamento da ofendida com terceiro*

[SAIR](#)[IMPRIMIR](#)[AJUDA](#)[ÍNDICE](#)[VOLTA](#)[SEGUE](#)

# Índice

## SUMÁRIO

<i>Explicação Necessária</i> .....	IX
------------------------------------	----

## Primeira Parte — ALOYSIO DE CARVALHO FILHO

Art. 102 .....	1
Art. 103 .....	35
Art. 104 .....	37
Art. 105 .....	41
Art. 106 .....	46
Art. 107 .....	49
Art. 108 .....	57
Art. 109 .....	348
Art. 110 .....	357
Art. 111 .....	372
Art. 112 .....	399
Art. 113 .....	406
Art. 114 .....	410
Art. 115 .....	412
Art. 116 .....	422
Art. 117 .....	429
Art. 118 ..	440
Art. 119 .....	441
Art. 120 .....	479

## Segunda Parte — JORGE ALBERTO ROMEIRO

Da Ação Penal .....	487
Art. 102 .....	506
Art. 103 .....	534
Art. 104 .....	547
Art. 105 .....	553

## VIII

## ALOYSIO DE CARVALHO FILHO

Art. 106 .....	559
Art. 107 .....	563
Art. 108 .....	567
Art. 109 .....	632
Art. 110 .....	633
Art. 111 .....	645
Art. 112 .....	648
Art. 113 .....	648
Art. 114 .....	649
Art. 115 .....	650
Art. 116 .....	653
Art. 117 .....	654
Art. 118 .....	658
Art. 119 .....	659
Art. 120 .....	663
<i>Bibliografia</i> .....	667
<i>Índice Alfabético de Assuntos</i> .....	683



**VOLTA**



# Conheça melhor os comandos do Adobe Acrobat Reader



**Busca por palavras**

**Visualização 100%**

**Encaixa página na tela**

**Encaixa página na largura**

**Segue à última página vista**

**Volta à última página vista**

**Vai à última página**

**Próxima página**

**Página anterior**

**Primeira página**

**Selecionar Textos**

**Lente de aumento**

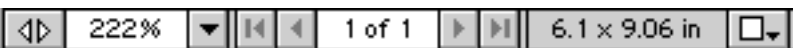
**Movimentar Páginas**

**Miniaturas e marcadores**

**Imprimir**

**Abrir outros documentos**

**Sobre o Acrobat Reader**



**Páginas contínuas**

**Tamanho da página**

**Movimentação pelas páginas**

**Nível de Zoom**

**Miniaturas e marcadores**

