

Promotor Público e Professor de Direito
Penal na UNISINOS

Repressão Penal

PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE

Havia sério dissídio de interpretação quanto ao disposto no § 1.º, do artigo 78, do Código Penal, que estabelecia: "A presunção de periculosidade não prevalece quando a sentença é proferida 10 anos depois do fato, no caso do n.º I deste artigo (presunção de periculosidade por ter o agente praticado o fato em situação de inimputabilidade), ou 5 anos depois, nos outros casos (presunção de periculosidade por ter praticado o fato em situação de semi-imputabilidade, em estado de embriaguez, por reincidente em crime doloso, ou por filiado a associação, bando ou quadrilha)." A divergência surgia quando se tratava de fixar a data a partir da qual correria o prazo de cinco anos, extintivo da presunção de periculosidade do reincidente em crime doloso. O Tribunal Excelso tinha o entendimento firmado de que a presunção cessava pelo decurso de cinco anos a partir do fato que a gerava, isto é, a partir da reincidência, que se caracteriza com a prática do fato posterior (*R.T.J.* 70/543 e 76/320), enquanto que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através de suas colendas Câmaras Criminais Reunidas, ainda recentemente reafirmara que o prazo a que se refere o artigo 78, § 1.º, tem seu termo *a quo* na data do trânsito em julgado da decisão condenatória anterior (Ac. de 27.08.76, Rel. Des. Rubens R. Magalhães, na *Rev. de Jur.* 59/22).

A nova lei, com o intuito de superar o impasse e atentando unicamente para o caso do reincidente em crime doloso, alterou a redação do § 1.º, assim: "A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso do inciso I deste artigo, ou de cinco anos, nos outros casos". Com isso, ficou resolvido o dissídio anterior, com a escolha de uma terceira data intermédia, não a do trânsito em julgado da condenação anterior nem a do fato posterior, mas a do cumprimento ou extinção da pena (indulto, suspensão condicional, livramento condicional, etc.). Ao mesmo tempo, porém, a emenda criou nova

difficuldade, pois estabeleceu para marco inicial do prazo de extinção da presunção de periculosidade, em todos os casos do artigo 78, o cumprimento ou a extinção da pena. Ora, uma pena anterior, que se cumpre ou extingue em certa data, só é necessária para a caracterização da presunção de periculosidade do reincidente, pois as outras presunções decorrem das circunstâncias em que foi praticado o próprio fato em julgamento, independentemente de ter existido condenação anterior. A pergunta que surge é esta: qual o termo inicial do período de dez anos para que não prevaleça a presunção de periculosidade do inimputável (art. 78, I)? É indubitado que esta presunção desaparece após o decurso de certo tempo, pois a ela expressamente se refere o § 1.º, assim como também é certo não sofrer o inimputável a imposição ou o cumprimento de pena, absolvido que deve ser pela ausência de culpabilidade.

Portanto, não se pode afirmar que a lei pretendeu fixar sempre como condição para a cessação da periculosidade o cumprimento ou a extinção da pena anteriormente imposta, porque isso implicaria em uma impossibilidade jurídica, no caso do inimputável, além de ser um fato absolutamente irrelevante para a presunção de periculosidade resultante e avaliada em razão da situação própria em que foi praticado o fato em julgamento, nos demais casos do artigo 78.

Houve um equívoco do legislador, que se há de superar mediante a compreensão desse dispositivo como parte do sistema em que se insere, e pelo qual se conclui que o período inicial de 10 ou 5 anos, para que não prevaleça a presunção de periculosidade (art. 78, § 1.º), deve ser contado a partir do fato em julgamento, no caso dos n.ºs, I, II, III e V do *caput* do artigo 78 do Código Penal.

CASAMENTO DA OFENDIDA COM TERCEIRO

Por emenda apresentada no Congresso Nacional, foi introduzido no artigo 108 do Código Penal mais um caso de extinção da 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". Assim dis-

pondo, a lei ressalvou expressamente da disponibilidade da ofendida a persecução penal relativa aos crimes contra os costumes definidos nos capítulos I, II e III do Título VI, da parte especial do Código Penal, praticados mediante violência ou grave ameaça, admitindo apenas que, nos cometidos sem violência ou grave ameaça, ocorrerá a extinção da punibilidade se ela não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo que estabeleceu. Logo, fica excluída a hipótese de incidência dessa causa de extinção da punibilidade nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e rapto mediante violência ou grave ameaça.

A cessação da punibilidade poderá ocorrer nos casos de ação penal pública incondicionada, quando se tratar de apurar crime contra os costumes sem violência, mas de ação pública (p. ex., art. 225, § 1.º, II), nos de ação penal pública condicionada à representação e também nos de ação penal privada, quando, depois de proposta a ação, houver o casamento da ofendida com terceiro e, nos 60 dias seguintes, ela não requerer o prosseguimento da ação, se antes do término desse prazo não tiver ocorrido outra causa extintiva (perempção, perdão, etc.).

A lei pressupõe a ação já instaurada. Mas, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação, se o casamento da ofendida com terceiro ocorrer depois da representação e antes da denúncia, dar-se-á a extinção da punibilidade se ela não ratificar a representação no prazo de 60 dias a contar da celebração do casamento, porque com ele foi alterada a representação da ofendida. Nos demais casos, o casamento com terceiro antes da representação, da denúncia ou da queixa não atua como fator determinante do início do prazo extintivo.

O termo *violência*, contido no inciso IX do artigo 108, compreende tanto a real como a presumida. A regra da presunção é regra de prova, que serve para compreender e definir os fatos, não estabelece os efeitos deles, nem os classifica. O Código Penal, nos artigos 213 e 219, quando se refere à violência, não a conceitua nem distingue entre ficta e presumida, a ambas se estendendo. Como o inciso IX do artigo 108 refere-se a esses artigos, abrange as duas espécies de violência que neles se contém. A regra que dispõe a respeito da presunção da violência está no artigo 224, que não sofreu qualquer interferência da nova lei.

Cabe observar que a nova lei nem é simples reativação da Súmula 388, que não continha ressalva aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, nem a aceitação do argumento de seus contrários, que entendiam a norma jurisprudencial aplicável apenas aos casos de ação penal privada e de ação penal pública condicionada antes de instaurada a ação (R.T.J. 43/464 e H.C. n.º 53.777).

PRESCRIÇÃO PELA PENA CONCRETIZADA NA SENTENÇA

O § 1.º do artigo 110 refere-se apenas à prescrição ocorrida no lapso de tempo posterior à sentença condenatória. Esse, aliás, o manifestado propósito do legislador, ao justificar o projeto: “Disciplinou-se o prazo da *prescrição posterior à sentença* condenatória...”. A prescrição que importa apenas em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal é a ocorrida após a sentença, isso significando que tal *decisum*, tirante a execução da pena principal (e também da medida de segurança, que não subsiste se ocorre a extinção da punibilidade — art. 86), produzirá todos os demais efeitos, realizáveis desde logo, como o lançamento do nome do réu no rol de culpados (art. 393, II, do CPC), ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A prescrição pela pena concretizada, ocorrida em tempo anterior à sentença — e agora expressamente prevista na lei — é a da pretensão punitiva e o seu reconhecimento elimina todos os efeitos jurídicos da sentença de condenação, a qual serve apenas de índice para o cálculo da prescrição. Não cabe atribuir nenhum efeito penal à sentença, porquanto a prescrição já ocorrera antes dela ser proferida. Também não se pode dizer que aquela prescrição importa em renúncia à pretensão executória do Estado, porquanto àquele tempo existia apenas a pretensão punitiva, única passível de ser atingida pelo decurso do tempo. A lei, introduzindo o § 2.º ao artigo 110, apenas preservou efeitos da sentença condenatória proferida ainda em tempo útil e afastou do âmbito da prescrição algumas das suas conseqüências, seja das já exequíveis (como

o lançamento do nome no rol de culpados), seja dos dependentes de trânsito em julgado (como a eficácia de título executivo para a ação civil).

Em resumo, a nova lei: a) dispensou o recurso da defesa, para o cálculo da prescrição pela pena concretizada, o que já era admitido na jurisprudência; b) atribuiu efeito de renúncia à execução da pena principal à prescrição calculada pela pena em concreto, ocorrente depois da sentença condenatória; c) limitou o cálculo da prescrição da pretensão punitiva pela pena concretizada ao tempo posterior ao recebimento da denúncia; d) permitiu a seguinte classificação: 1 — entre o fato e o recebimento da denúncia: prescrição da pretensão punitiva, calculada pelo máximo da pena cominada em abstrato; 2 — entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória: prescrição da pretensão punitiva, calculada pela pena concretizada; 3 — entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado: antecipada renúncia à pretensão executória da pena principal, como efeito da prescrição calculada pela pena em concreto.

Questão interessante versa sobre o momento de reconhecimento da prescrição pela pena concretizada na sentença. Parece que a interposição de recurso pela defesa não elimina a possibilidade de ocorrência da prescrição pela pena em abstrato, pois o recurso da acusação não a impede. Sendo assim, depois da sentença condenatória, tanto pode ocorrer a prescrição pela pena em abstrato como pela em concreto, tudo dependendo da data do trânsito em julgado. Se acontecer a prescrição pela pena em abstrato, essa é que deve ser declarada com prevalência sobre a outra, porque de efeitos mais amplos e sem as limitações da nova lei, enquanto que a declaração da prescrição pela pena concretizada, após a sentença condenatória, deve aguardar o trânsito em julgado, porquanto até lá pode ocorrer a prescrição pela pena em abstrato.

REPRESSÃO PENAL

As modificações introduzidas pelo novo diploma mostram que a principal tendência do legislador de 1977 foi a de reservar a prisão ao agente perigoso (condição subjetiva) ou com pena alta (condição objetiva). Tal caminho foi escolhido não em consequência da

rejeição da pena privativa da liberdade como meio adequado à repressão penal, ou pelo reconhecimento de sua ineficácia como medida de prevenção, mas sim pela declarada impossibilidade do Estado em executá-la, por insuficiência dos estabelecimentos penitenciários. A reforma se deve, portanto, à uma exigência orçamentária e não à substituição de idéias sobre a pena. Ao mesmo tempo, a lei não alcançou ao juiz criminal novos e eficazes instrumentos penais, que melhor pudessem atender às solicitações atuais, deixando de flexibilizar o sistema para introduzir as inovações tantas vezes reclamadas e sugeridas, e que agora se impunham como alternativa necessária para a repressão penal. Continua o sistema legal a dar a mesma ênfase à pena privativa da liberdade, aplicável isolada, cumulativa ou alternativamente com a multa a todas as infrações previstas no Código Penal, ao mesmo tempo em que prevê sua execução apenas excepcionalmente, sem abrir novas opções.

Assim, deve-se concluir que houve uma alteração mais profunda do que simples inovações no regime penitenciário, que atinge a própria idéia do Estado a respeito de sua função repressora, alteração essa encoberta pelo emprego da mesma linguagem e manutenção da mesma estrutura da norma penal incriminadora (fato típico — pena privativa de liberdade e/ou multa), da qual a segunda parte — a sanção — será executada em alguns casos, talvez nem na maioria deles.

**ASSOCIAÇÃO DOS
JUÍZES DO RGS**

**APLICAÇÃO DA
LEI N.º 6.416,
DE 24.5.1977
(questões controvertidas)**

**Coleção AJURIS/6
Porto Alegre — 1977**

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Presunção de periculosidade. Casamento da ofendida com terceiro. Prescrição pela pena concretizada na sentença. Repressão penal. In: ROHNELT, Ladislau Fernando et al. **Aplicação da Lei n. 6416, de 24.5.1977**. Porto Alegre: AJURIS, 1977. (Coleção AJURIS, 6). p. 73-78.