

Considerações sobre a Lei nº 6.416/77

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

COMUNICAÇÃO Nº 1

A perfeita interpretação do § 5º do art. 121, conforme redação da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, exige atenção ao conceito de — *conseqüências*. Essa cautela se impõe porque o vocábulo é mencionado também no art. 42 do Código Penal, como referência legislativa das diretrizes para a fixação da pena-base. Aqui, não indica a intensidade do perigo, ou a extensão do dano ao objeto jurídico (resultado), *mas se atém aos efeitos decorrentes do evento; assim, exemplificativamente, no homicídio, não é a eliminação da vida, elemento constitutivo da infração, porém os fatos resultantes da respectiva consumação, como a orfandade dos filhos da vítima, ou as supervenientes dificuldades financeiras da família do morto, podendo-se inclusive graduar a gravidade das conseqüências.*

No § 5º, contudo, o instituto se apresenta com características diferentes, relacionadas não mais com os reflexos do resultado do crime, em detrimento da vítima, ou pessoa a ela vinculada. Ao contrário, está ligado à *desagradável repercussão da ação delituosa, sofrida pelo próprio agente, direta ou reflexivamente derivada de sua conduta, isto é, tendo como causa a ação mesma, ou o evento delituoso. No primeiro caso, v.g., dirigindo imprudentemente, dá causa a acidente de trânsito, provocando a morte de estranho e de seu filho. Na segunda hipótese, em razão da morte de terceiro, sofre trauma que desencadeia grave distúrbio psíquico.*

Acrescenta a lei, tais conseqüências devem atingir “o próprio agente” e “de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

Na passagem — *próprio agente* — inclui tanto o autor intelectual, como o autor material, embora mais ligada à conduta do segundo. Pouco importa que as conseqüências sejam de ordem moral, ou física. Embora o texto não reproduza a Emenda nº 27, subscrita pelo eminente Deputado José Bonifácio Neto, que mencionava “*graves conseqüências desfavoráveis, físicas ou morais*”, a interpretação integral da norma leva a esse entendimento. Vejamos. Culpabilidade é reprovabilidade. A pena, por seu turno, é a medida da censurabilidade. Logo, se as conseqüências nas circunstâncias descritas tornam a pena desnecessária, é porque correspondem normativamente ao grau de reprovabilidade da sanção que o juiz aplicaria ao caso. Em outros termos, as graves conseqüências constituem o motivo da extinção da punibilidade.

A gravidade da pena, por sua vez, é mensurada qualitativa e quantitativamente, variando, no último caso, do mínimo ao máximo da cominação legal. De outro lado, destina-se a ser legalmente aflitiva (censura jurídica ao agente), podendo implicar restrição ao direito de liberdade. Em face disso, as conseqüências referidas podem limitar-se ao âmbito moral. Indispensável é guardar a justa correspondência de padecimento moral (eventualmente também físico) com os efeitos morais e físicos da pena.

A extinção da punibilidade requer a adequação — gravidade da pena — gravidade das conseqüências, único critério que justifica dispensar a prevenção especial.

CONCLUSÃO — Extingue-se a punibilidade quando as conseqüências da infração atingirem o próprio agente e, normativamente, corresponderem à censura moral e restrições pessoais da sanção penal.

COMUNICAÇÃO Nº 2

O projeto da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, não previa a norma do § 5º do art. 121 do Código Penal; surgiu por inspiração da Emenda nº 27 do ilustre Deputado José Bonifácio Neto, *in verbis*: “Art. 108. . . X — pelo perdão judicial, quando do fato decorram graves conseqüências desfavoráveis, físicas ou morais, de tal ordem que a imposição da pena apareça ao Juiz como desnecessária. Este dispositivo é inaplicável aos crimes, cuja pena mínima seja superior a um ano.”

Em virtude da redação originária, acredito, alguns autores estão divisando na hipótese o instituto do perdão judicial.

Data venia, outra é a natureza jurídica.

O perdão judicial, ao qual sempre devotei simpatia e propugno sua contemplação legislativa mais ampla, como instrumento eficaz de justiça material, tem outras características. Nos tempos modernos, disciplinado em lei pela primeira vez na Bélgica (15 de março de 1912), está ganhando terreno e vários países, como a Inglaterra, a Alemanha, Estados norte-americanos, a Suíça, a Austria e a Itália já o consagram; apesar das várias disciplinas legislativas, revela, todavia, denominador comum: atenção à personalidade do agente, indicadora de inexistência de periculosidade, relacionada à não gravidade do ilícito, preferindo-se, com intuito pedagógico e preventivo, excluir o agente dos rigores da sanção penal. Malgrado as divergências, entendo, e nisto vai uma opção doutrinária, a sentença faz simples declaração de existência da infração; entretanto, deixa de individualizar a pena, em consideração à sadia política criminal. Neste passo, comungo da tese do legislador brasileiro de 1969, havendo escrito na Exposição de Motivos “a omissão relativamente ao perdão judicial é preenchida. Não se julgou necessário esclarecer que, no caso de perdão, deve o juiz abster-se de condenar. Julgando presentes os pressupostos da condenação, abstém-se neste caso o juiz de proferi-la, declarando a punibilidade pelo perdão” (nº 36).

O atual art. 121, § 5º, no entanto, apesar de praticamente conduzir ao mesmo resultado, não reproduz os mesmos elementos constitutivos.

Em primeiro lugar, como sustentei na Comunicação nº 1, neste Congresso, a respeito do mesmo dispositivo legal, a não aplicação da pena está condicionada a que as conseqüências sofridas pelo agente correspondam normativamente à censura moral e às restrições pessoais da sanção penal.

No perdão judicial, esse balanceamento é desnecessário, eis que, antes de tudo, se visa a impedir que uma pessoa não perigosa — agente de infração não grave — padeça os efeitos negativos da pena.

Em segundo lugar, o § 5º não impõe, como pressuposto da extinção da punibilidade, antecedentes ilibados do réu. A personalidade do agente atua somente como dado; não obstante a correspondência normativa das conseqüências da infração padecidas pelo próprio agente com a censura moral e as restrições pessoais da sanção, a pena ainda se faz necessária. Por isso, enquanto o perdão judicial é incompatível com a reincidência, o § 5º não o é. A reincidência em crime doloso gera a presunção de periculosidade (art. 78, IV, do Código Penal), entretanto, não acarreta o mesmo efeito quanto aos ilícitos culposos (hipótese do homicídio descrito no § 5º), ensejando, portanto, a concessão do benefício.

CONCLUSÃO — A extinção da punibilidade pode ser concedida ao reincidente.

COMUNICAÇÃO Nº 3

Na Comunicação nº 2 a esta Sessão Preparatória ao Congresso de Direito Penal e Direito Processual Penal a ser realizado em Brasília, sob o patrocínio do Instituto Brasileiro de Ciências Penais, entendi que o § 5º do art. 121 do Código Penal não caracteriza o perdão judicial. Todavia, como foi ressaltado, consagra instituto vizinho.

Em se tratando de perdão judicial, a sentença é meramente declaratória da existência dos elementos da criminalidade; não é condenatória em virtude de o juiz não impor a sanção. Logicamente, se o réu vier a praticar algum delito, não será reincidente. No tocante ao § 5º é diferente; apesar da redação: "... o juiz poderá deixar de aplicar a pena...", interpretação lógica leva a conclusão especial.

A aplicação da pena, tecnicamente, corresponde a um momento da individualização da sanção penal; a primeira fase é a cominação elaborada pelo legislador, a segunda, a aplicação feita pelo magistrado, e a terceira, a execução da *sanctio iuris*. Bem analisado o dispositivo em comento, constata-se: o sentido de *deixar de aplicar a pena* seria de *compensar a pena*, sem que isso prejudique a individualização. Ao contrário, torna-se imprescindível. É a única interpretação que se harmoniza com o contexto, pois somente com o conhecimento da pena incidente na hipótese, poder-se-á estabelecer a equivalência para concluir se a gravidade das conseqüências físicas ou morais sofridas pelo agente tornam a sanção desnecessária. Este pormenor, ademais, toca diretamente o interesse do réu, em particular o princípio do contraditório, ensejando ao condenado, ou ao Ministério Público, a interposição de eventual recurso.

CONCLUSÃO — O juiz individualizará a pena; todavia, deixará de aplicá-la, compensando-a com as conseqüências da infração que atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

COMUNICAÇÃO Nº 4

Na Comunicação nº 3, sustentei que, na sentença concessiva do perdão judicial, não deve o Juiz fixar a pena. No caso do § 5º do art. 121, ao contrário, aduzi: é imperiosa a individualização, a fim de ensejar a equivalência da prevenção especial com as graves conseqüências sofridas pelo agente. A primeira hipótese configura sentença meramente declaratória.

Cumpra analisar a natureza jurídica da sentença relativa ao disposto no § 5º do art. 121 do Código Penal, na redação da Lei nº 6.416/77.

Reconhecida a necessidade da fixação da *sanctio iuris* para, em seguida, elaborar-se a compensação com as graves conseqüências e, a final, não aplicar a pena, observa-se, o procedimento é diverso. E, em sendo diferente, quais os efeitos resultantes?

A sentença, nessa hipótese, não é simplesmente declaratória, pois, individualizando a sanção, proclama, não só os pressupostos da criminalidade, como concretiza a pena, embora não seja aplicada; implica modificação de situação jurídica em virtude de constituir a condenação (da presunção de inocência, passa-se ao instituto da condenação), porém, em seguida, promove a sua desconstituição, deixando de aplicar a pena. Em outros termos, é uma sentença constitutiva negativa.

Essa situação — e aqui, reside a pergunta fundamental — configura condenação? E se o réu, depois de transitada a sentença em julgado, vier a cometer crime, será reincidente?

A resposta está condicionada à posição doutrinária a respeito da estrutura da infração penal.

Uma corrente, à qual me filiei inicialmente, sustenta bastar a ação típica, antijurídica e culpável, entendendo ser a punibilidade conseqüência da criminalidade.

Outra linha de pensamento, contudo, inclui a pena como elemento constitutivo do crime. Estou convicto: a ilicitude é uma — contraste da conduta com o juridicamente imposto ou consentido. Os diversos ilícitos só se distinguem formalmente e conforme a sanção cominada. A pena, portanto, integra a essência do delito.

Conseqüentemente, como o § 5º do art. 121 do Código Penal, apesar da fixação da pena aplicável, a final, o Juiz não a aplica, o fato praticado pelo agente deixa de ser punível, e, por isso, não integra o rol das infrações penais, não obstante ser típico, antijurídico e culpável.

Em face do exposto, se o agente cometer posteriormente um delito, não será reincidente, por falta de existência de crime anterior.

CONCLUSÃO — O agente beneficiado com a extinção da punibilidade, se posteriormente cometer um crime, não será reincidente.