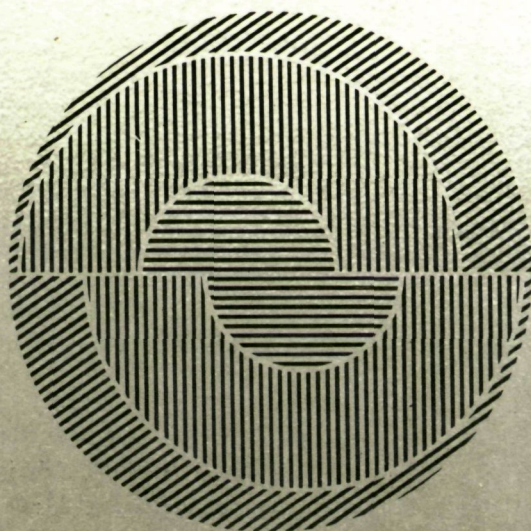


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

Cinco temas controvertidos de Direito Penal

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR

Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte e Professor de Direito Comercial nos cursos de Administração e Ciências Contábeis da Faculdade Unificada para o Ensino das Ciências — UNIPEC — ex-Promotor de Justiça Substituto — ex-Diretor de Secretaria na Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

I — Medida de segurança e anterioridade da lei penal. II — Norma penal em branco e os conflitos intertemporais ocasionados pela alteração de seu complemento. III — Arrependimento posterior: alcance e Súmula nº 554 do Pretório Excelso. IV — Art. 75 do Código Penal: âmbito de aplicabilidade. V — Coação moral irresistível e punição do coator.

I — Medida de segurança e anterioridade da lei penal

A evolução vivida pelo Direito Penal fez aparecer, ao lado da pena, outrora o seu único instrumento de ação, a medida de segurança, com o objetivo de promover a reinserção do criminoso na sociedade ou sua segregação nos casos de desajustamentos irreversíveis, ao invés de representar mera punição.

A exemplo dos institutos dos demais ramos jurídicos, a medida de segurança impescinde de cânones retores dos seus contornos essenciais, de molde a ajustá-la ao espírito do nosso *jus positum*, garantindo, assim, o indivíduo contra possíveis abusos.

O primeiro deles é o da legalidade, consoante o qual só é legítima a imposição de medidas de segurança que esteja prevista em lei, e, mesmo assim, nas hipóteses em que esta considerar necessário.

Outro é o da jurisdicionalidade, que traz, como colorido indispensável à execução de medida de segurança, a existência de chancela do Poder Judiciário. Tem-se a autoridade administrativa como inidônea para deliberar sobre sua incidência.

O ponto crucial desta análise reporta-se ao princípio da anterioridade, no particular de sua adstrição às medidas em causa.

O dever ser a lei prescritora de determinada medida de segurança antecedente do fato ensejador de sua aplicação nem sempre constituiu tema pacífico.

Antes da reforma de 1984, sustentou-se a inaplicabilidade do princípio por duas razões.

Primeiramente, porque a lei revogada, no seu art. 75, afirmava:

“As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.”

Em segundo lugar, argumentou-se que a previsão do artigo citado não encontrava óbice no art. 153, § 16, da antiga Norma Ápice, que só se referia à pena.

Comentando a antiga Parte Geral do Código Penal, MAGALHÃES NORONHA chegou a defender a não-vinculação da medida de segurança à lei anterior, dizendo:

“Dispõe o art. 75 do Código que as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversas, a vigente ao tempo da execução ou, noutras palavras, a lei nova tem imediata aplicação” (*Direito Penal*, vol. 1, 20.ª edição, 1982, p. 91).

Corroboraram o pensamento acima os saudosos NELSON HUNGRIA e HELENO CLAUDIO FRAGOSO e, ainda, CARLOS FREDERICO NOGUEIRA.

O mais curioso é que, mesmo sob a égide da Constituição de 1967, ergueram-se vozes abalizadas contra a regência do instituto da medida de segurança por lei sucessiva, posterior ao fato delituoso. Entre elas, a de CELSO DELMANTO.

Na jurisprudência, muitas decisões expressaram críticas mordazes à aplicação de lei que, vigente ao depois do fato julgado, impunha, retroativamente, medida de segurança (STF, HC 55.741, RTJ 85/778; TFR, Apel. 8.964, DJU 29-10-79, p. 8.110; e TACRIM-SP, 5.º Gr. de Câms., v.u., Rel. Juiz BAPTISTA GARCIA, JTACrSP 73/48).

Atualmente, dúvidas inexistem quanto a ser a regra da anterioridade inseparável da medida de segurança.

A ressalva do art. 75 da Parte Geral do Código Penal foi extinta com a legislação reformista de 1984.

Ademais, em plano sobranceiro, reforça tal entendimento o inserto no art. 5.º, XXXIX e XL, do Estatuto Magno, asseguradores da não-retroatividade *in pejus* da lei penal.

Nesse sentido, a valiosa opinião de DAMÁSIO DE JESUS:

“A expressão *nulla poena sine lege* significa que não há imposição de pena sem lei que a comine, anterior à prática do crime. Quanto às medidas de segurança, porém, é exigida a anterioridade da lei? Em relação a elas vige o princípio da aplicação imediata da *lex nova*?

Determinando o princípio regulador, rezava o art. 75 do estatuto repressivo de 1940:

“As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução.”

Disposição idêntica, porém, não se encontra na nova Parte Geral do CP, pelo que é razoável a interpretação de que, no sistema da reforma penal, a medida de segurança rege-se também pelo princípio da anterioridade da lei.” (*Direito Penal*, 1.º volume, Parte Geral, Saraiva, 10.ª edição, 1981, p. 92.)

Idem JÚLIO FABRINI MIRABETE:

“Embora a lei nova não tenha consagrado expressamente o princípio da anterioridade da lei quanto à medida de segurança, resulta ele do novo contexto da Parte Geral. Não prescrevendo a lei nova a possibilidade de aplicação de medida de segurança instituída após o fato, rege-se ela agora pelo princípio geral do *tempus regit actum* (a lei rege o fato praticado durante a sua vigência). Nesses termos, aos autores de crimes praticados após a vigência da Lei n.º 7.209, somente podem ser aplicadas as medidas de segurança estabelecidas na Parte Geral do Código Penal com a nova redação. Tal se aplica, inclusive, aos crimes previstos em leis penais especiais.” (*Manual de Direito Penal*, vol. 1, Atlas, 2.ª edição, 1986, p. 62.)

Consultar também PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR (*Direito Penal Objetivo, Breves Comentários ao Código*, Forense Universitária, 1.ª edição, 1989, p. 169).

Incensurável o entendimento que prega não poder a medida de segurança se afastar da anterioridade legal. A meu singelo modo de ver, até mesmo antes do advento da Lei n.º 7.209/84, supressora do antigo do art. 75 da Parte Geral do Código Penal, o princípio se impunha, *ex vi* do art. 153, § 16, da Constituição Federal de 1967.

Entender que a palavra *pena*, ali contida, não abrangia a medida de segurança, é o mesmo que consagrar, em sede de liberdades públicas do cidadão, interpretação calcada exclusivamente na literalidade de norma constitucional, desprezando o seu espírito, que foi o de proteger aquele contra o arbítrio estatal.

É incompatível com a finalidade enunciadora de princípios gerais, tarefa cujo desempenho outorgado foi às Constituições.

A Constituição, como suporte de validade de todo o ordenamento jurídico, penal ou extrapenal, é dado o mister de elencar modelos gerais, com vistas a regular a posição do indivíduo frente ao Estado, cujos conteúdos não podem ser caprichosamente restringidos, pelo legislador e, muito menos, pelo intérprete.

Comentando o art. 5.º, XXXIX, da nova Constituição Federal, sucedâneo do ab-rogado art. 153, § 16, CELSO RIBEIRO BASTOS, utilizando-se do seu opulento cabedal de conhecimentos, ensina em lição digna de lápide:

“Não só as penas devem ser previstas em lei, mas também as medidas de segurança. Embora o texto constitucional não as especifique, nada obstante ainda saber-se que as penas não se confundem com as medidas de segurança, ainda assim temos para nós que, por serem medidas constrictivas da liberdade, devem ser abrangidas pelo dispositivo constitucional. Destarte, a única via para se conferir caráter retroativo às medidas de segurança é quando elas venham fundadas na retroatividade da lei mais benéfica. Nas hipóteses pois em que a lei nova prevê medida de segurança quando a velha previa uma pena, há de prevalecer a mais recente, em nome da retroação benigna.” (*Comentários à Constituição do Brasil*, 2.º volume, Saraiva, 1989, p. 212.)

“Não se admite — enfatiza MAXIMILIANO sobre hermenêutica constitucional — interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto. Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema, seja este atingido, e será perfeita a exegese.” (*In Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9.ª edição, 1981, p. 314.)

O fim colimado pelo constituinte, qual seja impedir a atuação retrooperante da lei penal, não pode ser sacrificado quanto às medidas de segurança pelo simples fato de o texto consignar a expressão “pena” ao invés de “sanção”.

Por último, cabe-me frisar que a anterioridade da lei igualmente constitui pressuposto essencial para a válida aplicação de medida de segurança aos autores de crimes definidos em leis especiais.

II — Norma penal em branco e os conflitos intertemporais ocasionados pela alteração de seu complemento

Grosso modo, as normas penais incriminadoras exploram a órbita jurídica de maneira completa, isto é, possuindo preceito e sanção precisos e determinados.

Porém, malgrado a prática geral, nem sempre é assim. Existem, em menor número, é certo, normas cuja expressão escrita apresenta-se incompleta, por o seu tipo incriminador ressentir de generalidade ou indeter-

minação, denominadas de normas penais em branco. É, como no dito por BINDING tornado clássico: "A lei penal em branco é um corpo errante em busca de alma". Ex.: arts. 178 e 269 do Código Penal, e art. 2.º, VI, da Lei n.º 1.521/51, etc.

Necessitam, portanto, para suprir tal lacuna, de buscar auxílio em outras fontes normativas, de hierarquia igual ou inferior, o que forja a sua classificação em leis penais em branco em sentido amplo e em sentido estrito, respectivamente.

Aspecto da norma penal em branco que aguça a mente do jurista é o pertinente à revogação do seu complemento ao depois do fato típico perpetrado pelo agente.

Ocorrendo isso, pergunta-se: qual a solução a seguir quando o complemento da norma penal em branco for substituído por outro que beneficie o réu, ou lograr integral revogação? As respostas oriundas das construções doutrinárias e jurisprudenciais ora recaem no art. 2.º, ora no art. 3.º, ambos do Código Penal.

A *quaestio diabolica* apaixonou a mente das doutrinas nacional e alienígena sem, contudo, alcançar consenso. A favor da irretroatividade, pronunciam-se NELSON HUNGRIA, FREDERICO MARQUES, MAGALHÃES NORONHA, MIRABETE e DAMÁSIO DE JESUS. Contrariamente, temos o respaldo de BASILEU GARCIA e PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR.

Creemos que ambas posições merecem reparos, conforme se apresente a espécie fática. O ideal é a formação de um *tertio genus*, que as concilie.

Busco adminículo, para tanto, no majestoso saber do professor JOSÉ HENRIQUE PIERANGUELLI, corifeu do Ministério Público paulista, equacionador da problemática em assertivas insuperáveis.

Deve-se observar a natureza estável ou excepcional do complemento, de maneira a permitir a retroação no primeiro caso e vedá-la no último.

É que, possuindo foros de estabilidade, o complemento da norma penal, se modificado, importa em verdadeira alteração da figura abstrata formadora do tipo criminoso, ocasionando a *abolitio criminis*.

A *contrario sensu*, na hipótese de o complemento expressar circunstância excepcional, tendente a reger anormalidades efêmeras e passageiras da vida em sociedade, equipara-se às leis previstas no art. 3.º do Código Penal, albergando o apanágio da ultra-atividade.

Na situação primeira, a mutação na parte complementar do tipo reflete intensamente na antijuricidade da conduta praticada, excluindo-a e, por via oblíqua, operando a descriminalização.

Passemos a cotejar a teoria aqui perfilhada com as modalidades em que se subdividem as normas penais em branco.

No que concerne às normas penais em branco em sentido amplo, cujo complemento promana de fonte legislativa da mesma hierarquia do

preceito principal, vê-se sempre naquele o caráter de comando ordinário, visando disciplinar, com estabilidade, relações jurídicas por lapso temporal indeterminado. Irrecusável, por conseguinte, a retroatividade *in melius*. É o que acontece, por exemplo, com os delitos dos arts. 178, 184 e 237 do estatuto punitivo.

Doutro pórtico, nas normas penais em branco *stricto sensu*, complementadas por dispositivo de origem legiferante inferior, freqüentemente atos administrativos normativos, a matéria é de ser deslindada por duas vertentes.

Não ostentando o complemento sinais de excepcionalidade, a sua ab-rogação, uma vez ultimada, conserva o condão descriminalizante. Exemplifico com as hipóteses do art. 269 do Código Penal e da Lei de Tóxicos, em que portaria futura poderá retirar o caráter de notificação compulsória da enfermidade, ou tóxico da substância traficada, respectivamente, por verificar que, em nenhum momento, elas apresentaram as características indicadas (vide MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, vol. 1, Atlas, 1986, p. 74; e TJRS, Emb. Infr. 684.019.425, RJTJRS 110/60).

Por último, colimando a fração integrante do tipo penal regular situações oscilantes, de elevado cunho excepcional, outra solução não se antepõe ao intérprete senão a que informa o art. 3.º do Código Penal, consagrador da ultra-atividade das leis excepcionais e temporárias. A irretroatividade é a senda a trilhar.

A esse respeito, encontramos os tabelamentos de preços nos crimes contra a economia popular (Lei n.º 1.521/50) e as portarias que fixam regras de tráfego, nos crimes cometidos no trânsito.

Copiosa, nesse sentido, a jurisprudência existente (STF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, HS 58.614, RT 556/425, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RT 482/440, RE 80.544, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, RTJ 74/590; TACRIM-SP, JUTACRIM 80/353, 73/284, 72/361, RT 481/345, 473/351; TAMG, RT 535/352 e 492/391).

III — *Arrependimento posterior: alcance e Súmula n.º 554 do Pretório Excelso*

Inovação digna de encômios, advinda com o legislador de 1984, foi o instituto do arrependimento posterior. É previsto no art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal, debaixo da redação seguinte:

“Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

Erigiu a reparação do dano, antes prevista somente como atenuante genérica, à categoria de causa obrigatória de diminuição de pena, dès que satisfeitos os seus pressupostos de aplicabilidade.

Pode, assim, forjar a redução da pena abaixo do mínimo legal (TFR, DJU 25-8-86, p. 17.572).

Para ser fruído pelo agente, depende da satisfação de vários requisitos. O primeiro deles reporta-se à ausência, na ação típica, de violência ou grave ameaça à pessoa. Inaplicável a todos os delitos cujo tipo contiver tais circunstâncias. Ex.: arts. 157, 158, 159, 213 e 214 do Código Penal etc.

Entretanto, a violência física contra coisa, como sói acontece no crime de dano (art. 163, CP), não afasta a incidência do benefício. Igualmente, a ameaça sem gravidade.

Abstraídas as elementares da violência e da grave ameaça à pessoa, cabível é o benefício nos demais crimes, patrimoniais ou não, consumados ou tentados, dolosos ou culposos, qualificados ou privilegiados (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., JÚLIO FABRINI MIRABETE, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, DAMÁSIO DE JESUS; e RT 608/352).

Necessária é a reparação completa dos danos suportados, ou a restituição integral da coisa. O ressarcimento incompleto não autoriza a redução de pena, podendo, pela alça do art. 65, III, b, do Código Penal, configurar atenuante genérica.

Além disso, deve revestir-se de pessoalidade e voluntariedade. Deve ser feito pelo próprio agente, e não por terceiro. Decorrente de coação, física ou moral, de apreensão policial ou constrição judicial, não aproveita ao autor da violação da lei penal. Entretanto, prescinde da espontaneidade, já que pode o agente ser induzido por outrem a fazê-lo.

O direito à benesse do art. 16 do diploma repressivo submete-se a implacável marco temporal. Dessarte, a diminuição da pena exige, para sua incidência, que o comportamento ressarcitório se verifique antes do recebimento da denúncia ou queixa, de conformidade com a modalidade de ação penal cabível. Se posterior, abre-se ensanchar tão-só para a aplicação do art. 65, III, b, *in fine*, do Código Penal.

A palavra *recebimento*, contida no art. 16 do Código Penal, está a indicar recebimento válido, tanto que, se anulado por decisão do tribunal *ad quem* ou do próprio juiz, reabrir-se-á oportunidade para o autor do crime gozar do favor.

Questionamento que habita a reflexão do intérprete é a de saber se o instituto em tela é incompatível com a Súmula n.º 554 do Pretório Excelso, que enuncia:

“O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”

Alguns autores, a exemplo de PAULO JOSÉ DA COSTA JR., entendem que o art. 16 do Código Penal impede o julgador de decretar a extin-

ção da punibilidade em casos que o agente tenha, antes do recebimento da denúncia ou queixa, reparado o dano. Concede-lhe unicamente a possibilidade de diminuir a quantidade da *sanctio juris* imposta.

Diversamente, é o posicionamento de CELSO DELMANTO.

Minha modesta opinião inclina-se a não alteração do *status quo ante* originador do enunciado da Súmula n.º 554 do Supremo Tribunal Federal, mesmo com a entrada em vigor do novo art. 16 do Código Penal. As duas orientações não são incompatíveis, podendo coexistir simultaneamente.

Para assim defender, fulcro-me nos argumentos a saber:

a) a intenção do legislador de 1984 não foi a de suprimir o elastério liberalizante do Supremo Tribunal Federal, mas a de melhorar, pelo menos em parte, a situação dos acusados pela prática de outros delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como a apropriação indébita, furto etc.;

b) a *ratio essendi* do excerto sumular é diversa e específica, oriunda da discussão sobre a natureza formal ou material do delito do art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal; e

c) o próprio Supremo Tribunal Federal, após a entrada em vigor da Lei n.º 7.209/84, continuou a aplicar a Súmula n.º 554 (RHC 62.912-1-RS, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. OCTAVIO GALLOTI, DJU 17-5-85; RHC 64.272-1-SP, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. RAFAEL MAYER, DJU 14-11-86; e RHC 64.454-6-MG, 1.ª Turma, v.u., Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU 6-2-87).

A ementa do segundo dos julgados referidos é por demais elucidativa do pensamento do Excelso Pretório, *in verbis*:

“EMENTA — Emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos. Súmulas n.ºs 246 e 554. Art. 16 do CP (Lei n.º 7.209/84). Vigência dos verbetes sumulados. Art. 171, § 2.º, VI, do CP.

O advento do art. 16 da nova Parte Geral do Código Penal não é incompatível com a aplicação das Súmulas n.ºs 246 e 554, que devem ser entendidas, complementarmente, aos casos em que se verifiquem os seus supostos.

Não há justa causa para a ação penal se pago o cheque emitido sem suficiente provisão de fundos, antes da propositura da ação penal, a proposta acusatória não demonstra que houve fraude no pagamento por meio de cheque, não configurado, portanto, o crime do art. 171, § 2.º, VI, do CP.

Precedentes.

Recurso de *Habeas Corpus* provido.”

A despeito disso, ressaltado, com o fim exclusivo de ilustração, que o egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, deliberou:

“Cheque emitido para pagamento de dívida. Sustação. Estelionato. Inquérito policial. Ação de consignação em pagamento. Depósito da importância. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Efetuado o depósito de valor devido através de cheque, cujo pagamento foi frustrado pelo emitente, antes do recebimento da denúncia, desaparece a justa causa para a condenação, não devendo, por isso, prosseguir o inquérito policial. Decisão fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal. Concedida a ordem para trancar o inquérito policial.” (6.^a Turma, v.u., HC 258-SP, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO, DJU 9-4-90, p. 2.750.)

Em assim sendo, remanesce a aplicação da Súmula n.º 554 para a hipótese única do art. 171, § 2.º, VI, do Código Penal, enquanto para as demais emerge o art. 16 do Código Penal.

IV — Art. 75 do Código Penal: âmbito de aplicabilidade

Regulamentando, em nível infraconstitucional, a franquia do art. 5.º, XLVII, b, do Estatuto Básico, com a finalidade de evitar, na prática, a imposição de aprisionamento perpétuo, o art. 75, § 1.º, da nova Parte Geral do Código Penal, secundando o direito anterior, prevê que:

“O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos.

§ 1.º — Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a trinta anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.”

Do conteúdo da regra supratranscrita decorre que, embora possa alguém ser condenado a pena privativa de liberdade superior a trinta anos, o seu cumprimento não poderá prolongar-se além daquele limite, fazendo-se a unificação devida.

A superveniência de condenação por fatos posterior ao *dies a quo* do cumprimento da pena já unificada acarretará nova unificação (art. 75, § 2.º, CP).

Sobre o tema, vem a doutrina e a jurisprudência, acirradamente, se controvertendo sobre a abrangência do procedimento uniformizador do art. 75, § 1.º, do Código Penal.

Surgiram, então, duas correntes. Uma delas, denominada liberal, entende que o art. 75, § 1.º, do Código Penal suporta exegese ampla, servindo para outros fins além de conjurar a prisão perpétua, tais como livramento condicional, detração, remição, mudança de regime etc.

Desse ponto de vista, na *opinio doctorum*, desfrutam MIRABETE, HELENO FRAGOSO e PAULO JOSÉ DA COSTA JR., no que contaram com a companhia de venerandos arestos (STF, RTJ, 108/164; TA-CRIM-SP, RT 589/346; e EJES 5.201).

Contrariamente, viceja a linha teleológica, majoritária nos julgados, no sentido de que a unificação do § 1.º deve atender ao limite máximo do *caput* do art. 75, com o fim exclusivo de evitar a prisão perpétua. Em sentido favorável, consultar: STF, DJU 20-6-86, p. 10.929; TJSP, RT 600/330, 604/324, 605/285; e TACRIM-SP, RA 402.485/1, Rel. Juiz SEGURADO BRAZ; Rec. 386.613, Rel. Juiz GONZAGA FRANCESCHINI, e HC 114.562/5, Rel. Juiz BOAVENTURA GUBLIELMI).

Em que pese à autoridade dos que defendem a segunda posição, penso mostrar-se a mesma indefensável diante de nosso sistema jurídico penal.

Inicialmente, a *mens legislatoris* informadora da Lei n.º 7.209/84, conforme a exposição de motivos que a prefacia, acolhe a corrente liberal, ao afirmar que “as penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade”.

Em segundo lugar, a orientação teleológica, conquanto preservadora da finalidade ensejadora do *caput* do art. 75 do Código Penal, não se afina com o regime progressivo de execução das penas privativas de liberdade, norte a guiar a legislação pátria (art. 33, § 2.º, CP), o qual possui princípio e fim no regime fechado e no livramento condicional, respectivamente.

Tomando-se situação hipotética como parâmetro, temos: “A”, processado por vários crimes em mais de uma ação penal, é condenado, por sentenças com trânsito em julgado, a 80 (oitenta) anos de reclusão. Unificadas as penas, só cumprirá 30 (trinta) anos. Entretanto, pela corrente teleológica, para obter o livramento condicional, teria de cumprir, por ser reincidente, no mínimo, metade da condenação, isto é, 40 (quarenta) anos de pena, *quantum* superior até mesmo ao limite do *caput* do art. 75, o que, demais de manifestamente incoerente, culmina por negar ao condenado de comportamento prisional satisfatório o direito à liberdade sob condições.

Por isso, pensamos dever o limite do art. 75, § 1.º, do Código Penal, ser considerado, não só para impedir o encerro perpétuo, senão para todos os cálculos da execução penal.

V — Coação moral irresistível e punição do coator

Ao cuidar das causas excludentes da culpabilidade do autor da infração penal, o Código Penal, no seu art. 22, abre passagem para o instituto da coação irresistível.

Sendo causa de exculpação, regula, tão-somente, a coação moral, vez que a *vis absoluta* suprime a própria ação, sendo enquadrável no art. 13 do diploma codicial suso mencionado, pertinente à relação de causalidade.

Com vistas a excluir a culpabilidade, a *vis compulsiva* deve ser irresistível, invencível, insuperável, consistente na promessa de mal sério e grave contra o coagido, sua família, ou seu patrimônio, de modo que não se podia, diante das circunstâncias, exigir do agente conduta diversa. Caso contrário, se se tratava de coação contra a qual aquele podia resistir, ter-se-á apenas atenuante genérica (art. 65, III, c, CP).

Supõe sempre relação triangular, formada pelo coator, coato e vítima, como acentuara, reiteradas vezes, a jurisprudência (STF, HC 57.374, RTJ 93/071; TJPB, Ap. 1.058, RF 270/327; TJMT, RT 508/399; TJPR, RT 422/330; e TJMG, RT 507/445).

O coator, obrigatoriamente, terá de recair em uma pessoa física, inadmitindo-se como tal a sociedade (TJSP, RT 392/103, 399/121, 477/342 e 511/357; TJSC, RT 488/394; TJMT; RT 526/416). Assim é por uma razão bastante simples. Na coação moral irresistível, segundo a sistemática do art. 22 da nova Parte Geral do Código Penal, é o autor da coação passível de sanção, cuja expiação dirige-se somente a pessoa física determinada, havendo duas posições a respeito da correspondente dosimetria, o que será analisado ao correr da pena.

A *vis compulsiva* produz, tanto em relação ao coato como para o coator, vários efeitos.

Quanto ao primeiro, consequência é a isenção de pena ou sua atenuação, conforme seja resistível ou não.

Já para o coator os efeitos da coação esbarram em dissenso na *communis opinio doctorum*.

Para JÚLIO FABRINI MIRABETE e CELSO DELMANTO o coator responde pelo crime praticado pelo coato, agravado pela circunstância referida no art. 62, II, do Código Penal.

Prestigiada pelas ensinanças de DAMÁSIO DE JESUS, MAGALHÃES NORONHA e EVERARDO DA CUNHA LUNA, outra corrente é pela possibilidade de haver concurso formal entre o delito perpetrado pelo coato e o de constrangimento ilegal, incidindo sobre o primeiro dos crimes a agravante do art. 62, II, do Código Penal. O primeiro dos mestres citados, em defesa de seu ponto de vista, asseverou:

“O coator é que responde pelo fato típico e antijurídico praticado pelo coato, com a agravação de pena prevista no art. 62, II. Além disso, responde por crime de constrangimento ilegal (art. 146) por haver coagido o executor do delito. Há dois crimes em concurso formal: constrangimento ilegal e crime cometido pelo coato, sendo este agravado. Ex.: sob ameaça de

morte. A constrange B a lesionar a integridade física de C. Traçando-se de coação moral irresistível, B não responde por crime de lesão corporal. A responde por dois crimes: lesão corporal (agravada a pena em face da circunstância genérica) e constrangimento ilegal, em concurso formal. Na fixação da pena o juiz aplicará a mais grave (da lesão corporal, diante da agravante), aumentada de um sexto até metade (art. 70)" (loc. cit., p. 432).

Data venia aos artífices da teoria edificada nas palavras acima transcritas, vejo com carradas de razão a primeira vertente doutrinária.

Diferente não pode ser. O nosso sistema penal é infenso à regra do *bis in idem*. Em vista disso, a coação moral irresistível não pode, ao mesmo tempo, funcionar como dupla punição em relação a um mesmo fato. É-lhe vedado caracterizar simultaneamente crime autônomo e circunstância agravante genérica para o crime efetivamente cometido pelo coato.

É a única inteligência admissível, confrontando-se o tema com as pilstras basilares do arcabouço jurídico penal.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribetro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º Volume, arts. 5º a 17. Saraiva, 1989.

COELHO NOGUEIRA, Carlos Frederico. *Efeitos da Condenação, Reabilitação e Medidas de Segurança, Curso sobre a Reforma Penal*. Saraiva, 1985.

COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal Objettivo, Breves Comentários ao Código*. Forense Universitária, 1ª edição, 1990.

CUNHA LUNA, Everardo da. *Capítulos de Direito Penal, Parte Geral*, Saraiva, 1985.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Anotado*, Freitas Bastos, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Forense, 7ª edição, 1985.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, 1º Volume, Parte Geral, Saraiva, 10ª edição, 1985.

MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal. Introdução e Parte Geral*, Volume 1, Saraiva, 20ª edição, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9ª edição, 2ª tiragem, 1981.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal, Parte Geral, Volume 1, Atlas*, 2ª edição, 1986.

SILVA FRANCO, Alberto, e outros. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2ª edição, 1987.