

Título: A retratação do agente - causa de extinção da punibilidade prevista no art. 107, inc. VI, do Código Penal

Vanderson Roberto Vieira¹

Sumário: 1- Previsão legal e conceito; 2- Hipóteses legais; 3- Momento de ocorrência e efeitos; 4- Alcance; 5- Importância da retratação; 6- Bibliografia citada.

1- PREVISÃO LEGAL E CONCEITO

Declara o art. 107, inc. VI, do Código Penal que extingue-se a punibilidade “pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite”.

A *retratação do agente* só é cabível nos casos em que a lei prevê. Realizando-se uma análise desses casos percebe-se que só se admite a retratação até a sentença de primeiro grau, ou seja, na fase da *pretensão punitiva*² que se estende até a decisão de primeiro grau de jurisdição.

Advertência, portanto, deve ser feita à nomenclatura “*retratação do agente*”, que é imprópria, devendo-se encará-la como “retratação do *suposto* agente”, pois antes de decisão condenatória transitada em julgado não se deve dizer que a retratação foi do agente do *fato material* ou do *crime* (incidência do princípio da presunção de inocência).

Desta maneira, não se deve dizer que quem se retratou cometeu o delito, até mesmo porque acontecem casos em que a pessoa se retrata de um fato típico que realizou licitamente ou não culpavelmente, com o intuito apenas de encerrar a discussão no juízo penal, evitando, assim, o desgaste de ter que provar a excludente e as intempéries processuais estigmatizantes.

Discordamos de Luiz Carlos Betanho quando afirma que “a retratação é o ato jurídico pelo qual o agente do crime [não se pode dizer que houve *crime*: presunção de inocência] reconhece o erro praticado e o denuncia *coram judicem*”³. Também, o conceito de retratação não pode significar sempre “reconhecer o erro praticado”⁴, pois não poderá ter ocorrido erro algum, como no exemplo citado de quem se retrata de um fato típico que realizou licitamente ou

¹ Graduado em Direito pela Unesp - FHDSS - *campus* de Franca. Mestre em Direito pela mesma Instituição. Bolsista de Mestrado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), em 2003-2005. Advogado no Estado de São Paulo. Professor de Direito Penal na Unifaimi (Mirassol-SP).

² As *causas de extinção da punibilidade* previstas no art. 107 do Código Penal, e qualquer outra que seja, podem ocorrer no momento da *pretensão punitiva* ou na fase da *pretensão executória*. Entende-se por *pretensão punitiva* o momento do *ius puniendi em concreto* que se inicia com a ocorrência do *suposto* fato criminoso e que se estende até a decisão irrecorrível, seja condenatória ou absolutória. *Pretensão executória* é o momento que tem início com a decisão condenatória transitada em julgado e que termina com o fim da execução da sanção penal.

³ FRANCO, Alberto Silva; *et al.* **Código penal e sua interpretação jurisprudencial - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 1. p. 1879.

⁴ Dentre muitos, cite-se: Luiz Carlos Betanho (*Idem. ibidem*); Delmanto, que diz que na retratação “o agente confessa o seu erro e, expressamente, volta atrás no que declarou” (DELMANTO, Celso; *et al.* **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 309).

não culpavelmente. O conceito de retratação deve simplesmente estar ligado ao “desdizer-se”, “voltar atrás”, “retirar o que foi dito”.

A retratação “não deve ser confundida com a negativa do fato, pois quem o nega, obviamente, dele não se retrata”⁵.

Por tudo, quem se retrata, se retrata de um fato e não de um *crime* completamente configurado.

Quanto à forma, a *retratação* não exige forma sacramental, mas precisa ser cabal, isto é, irrestrita, incondicional, indiscutível, inequívoca, precisa e clara, de modo a englobar a totalidade do que foi dito⁶. Não extingue a punibilidade a retratação ambígua.

A *retratação do agente* é um ato jurídico unilateral, não dependendo de aceitação do suposto ofendido, devendo ser reduzida a termo pelo juiz. Poderá ser feita pelo próprio suposto ofensor ou por procurador com poderes especiais.

Luiz Régis Prado ensina que para a retratação “é irrelevante a espontaneidade da declaração, bem como os motivos que a fundaram, mas é imprescindível sua voluntariedade”⁷.

Ficará à análise ponderada do magistrado constatar se, conforme o modo com que foi feita a retratação, seria benéfico para a paz social considerar extinta a punibilidade.

2- HIPÓTESES LEGAIS

A *retratação do agente* só é possível, como mencionado, nos casos em que a lei a admite, que são os seguintes: 1) art. 143 do CP (calúnia e difamação); 2) art. 342, § 2º, do CP (falso testemunho e falsa perícia); 3) art. 26 da lei 5.250/67 - Lei de Imprensa - (calúnia, difamação e *injúria*).

Informa o art. 143 do CP que “o querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”. Pelo conteúdo da disposição, já se percebe que a retratação do querelado só é admitida na calúnia e na difamação, e não na *injúria*. A calúnia e a difamação dizem respeito a fatos que podem ser desmentidos. A *injúria* refere-se a dizeres contendo qualidades pessoais negativas, não havendo imputação de fato, e aqui a retratação dificilmente conseguiria desfazer o efeito da ofensa⁸. Pelo contrário, a retratação do suposto ofensor (querelado), retirando a qualidade negativa atribuída à vítima pode macular ainda mais a sua honra.

Desta forma, se se afirma que fulano é ignorante e analfabeto e depois tenta se retratar dizendo que é muito sábio e letrado, pode causar ofensa ainda

⁵ DELMANTO, Celso; *et al. Código..., cit.*, p. 309.

⁶ - TJSP: *RJTJSP* 129/459: “A retratação, para produzir efeito extintivo da punibilidade, deve ser clara, precisa, completa, sem reticências ou tentativas de explicações amenizadoras”.

⁷ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 1. p. 726.

⁸ Necessário transcrever uma observação de Magalhães Noronha: “a *injúria* é juízo que se faz de uma pessoa; não há atribuição de um fato. Se é exato que, às vezes, ela envolve fatos, como quando se diz, p. ex. que alguém é *caloteiro*, eles se diluem ou são expressos por forma genérica, ou, subentendidos” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1. p. 408).

maior⁹. A retratação só é admitida nos crimes de calúnia e difamação que se processam por *ação penal privada*, pois a disposição fala em *querelado*, que é o réu na *ação penal privada*. Assim, *v.g.*, a jurisprudência não admite retratação em *ação penal pública condicionada*, proposta por ofensa contra funcionário público, em razão da função¹⁰.

Estabelece o art. 342, § 2º, do CP que “o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”. Merece comentário a expressão *ilícito*, que não pode ser interpretada literalmente. Se alguém realizar, por exemplo, um falso testemunho e estiver acobertado por uma causa que exclua a culpabilidade, como a coação moral irresistível, é lógico que não precisa se retratar, pois sua conduta nunca será reprovável e, porventura, punível. A retratação deve ocorrer até a sentença do processo em que o agente prestou o falso testemunho ou a falsa perícia, e não no processo onde se imputa o crime de falso¹¹.

O art. 26 da lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) admite a retratação na calúnia, difamação e, também, na *injúria*; dispendo: “A retratação ou retificação espontânea, expressa e cabal, feita antes de iniciado o procedimento judicial, excluirá a *ação penal* contra o responsável pelos crimes previstos nos arts. 20 a 22. § 1º - A retratação do ofensor, em juízo, reconhecendo, por termo lavrado nos autos, a falsidade da imputação, o eximirá da pena, desde que pague as custas do processo e promova, se assim o desejar o ofendido, dentro de 5 dias e por sua conta, a divulgação da notícia da retratação. § 2º - Nos casos deste artigo e do § 1º, a retratação deve ser feita ou divulgada: a) no mesmo jornal ou periódico, no mesmo local, com os mesmos caracteres e sob a mesma epígrafe; ou b) na mesma estação emissora e no mesmo programa ou horário”.

3- MOMENTO DE OCORRÊNCIA E EFEITOS

A retratação, nos casos do Código Penal (art. 143 e 342, § 2º) e no do art. 26 da Lei de Imprensa, só produz efeitos, como dito, se for praticada antes do juiz proferir a *sentença* de primeiro grau. O momento de existência da sentença é a data da publicação, ou seja, a data na qual o juiz entrega em mãos do escrivão.

Nos casos em que a retratação do suposto agente não extingue a punibilidade por não existir previsão legal, ela pode funcionar, caso advenha condenação, como circunstância *atenuante* (art. 65, III, *b*, do CP¹²).

No procedimento do Júri existem duas correntes quanto ao momento final em que pode ser realizada a *retratação*. Uma corrente entende que pode ser

⁹ Em opinião contrária: Mirabete, entendendo que não se justifica a exclusão do crime de injúria (MIRABETE, Júlio Fabrinii. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1. p. 398); Magalhães Noronha, com a justificativa de que, “desde que retratação implica arrependimento, este não é privativo de quem imputar um fato, mas também de quem emitiu juízo ou opinião” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito...**, *cit.*, 1972. V. 1. p. 408).

¹⁰ - STF: RTJ 87/454, 108/586; - STJ: RT 751/553; -TACrimSP: JTACrimSP 70/377, 94/170-1; - TAPR: RT 559/394.

¹¹ - STF: RTJ 100/276; - TJSP: RT 713/328, RJTJSP 141/379.

¹² *Circunstâncias atenuantes* Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III - ter o agente: [...] b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.

até a decisão de pronúncia¹³. Outra admite a possibilidade de ser feita até a decisão do conselho de sentença¹⁴. O entendimento correto é aquele que admite a retratação até a decisão do conselho de sentença, pois, no rito do Júri, é ela a decisão de primeiro grau de jurisdição.

Quanto aos efeitos da *retratação*, a conclusão é a seguinte: como a *retratação* ocorre antes da condenação com trânsito em julgado, não haverá qualquer efeito da condenação.

Sobre os efeitos da condenação, resumidamente pode-se dizer o seguinte.

O trânsito em julgado da condenação faz surgir vários efeitos. Esses efeitos não ocorrerão se a decisão for absolutória. A condenação tem efeitos *penais* e *extrapenais*.

Pode-se dividir os efeitos *penais* da condenação em: a) principais e b) secundários.

O efeito penal principal é cumprir a *sanção* imposta. A doutrina majoritária entende que efeito penal principal da condenação é apenas o cumprimento da *pena*. Quanto à medida de segurança, entendem que a sentença que a concede é uma sentença *absolutória*, designando-a como *absolutória imprópria*. Segundo o art. 386, parágrafo único, III, do CPP, é na sentença absolutória que o juiz aplicará a medida de segurança. Já no art. 387, IV, a lei estabelece que o juiz, ao proferir sentença condenatória declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem. Não existe, assim, na legislação, precisão quanto à natureza da sentença que impõe medida de segurança. Na nossa opinião, esta sentença deve ser qualificada de *condenatória*, pois aplica uma sanção penal (*medida de segurança*), que muitas vezes é de gravidade superior à *pena*.

Com o trânsito em julgado, o nome do réu é lançado no rol dos culpados. Este ato permite a documentação da decisão, para que produza os efeitos penais secundários, como, *v.g.*, os seguintes: 1) se foi prestada fiança, o seu valor fica sujeito ao pagamento das custas e da indenização pelo dano causado (art. 336 do CPP); 2) atribuição das custas processuais; 3) pode gerar a revogação, facultativa ou obrigatória, do *sursis* (art. 81 do CP); 4) pode gerar a revogação, facultativa ou obrigatória, do livramento condicional (art. 86 e 87 do CP); 5) é pressuposto para eventual reincidência (art. 63 do CP).

A condenação tem efeitos *extrapenais*, que são de natureza cível e administrativa. Os efeitos *extrapenais* são *genéricos* (art. 91 do CP¹⁵) e *específicos* (art. 92 do CP¹⁶). Outro efeito *genérico* é que a condenação suspende

¹³ - TJSP: RT 341/211.

¹⁴ - TJRJ: RT 526/427; - TJSP: RT 706/312.

¹⁵ Diz o art. 91: “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

¹⁶ Estabelece o art. 92: “São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a

os direitos políticos. A súmula 9 do Tribunal Superior Eleitoral estabelece que “a suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”.

Nos atos contra a honra, a extinção da punibilidade ocasionada pela retratação afasta apenas os efeitos penais, não obstando a propositura de ação civil de indenização (art. 67, II, do CPP)¹⁷.

4- ALCANCE

No concurso de pessoas, a *retratação* realizada somente por um dos agentes não se comunica aos demais. A regra é a retratação ser *pessoal (incomunicável)*.

Como exceção, existe discussão se a retratação do art. 342, § 2º, do CP, comunica-se ou não aos co-autores. Uma corrente afirma que essa retratação se comunica aos co-autores¹⁸. Outra entende que não¹⁹.

A segunda posição é mais consentânea com a busca da justiça no caso concreto, devendo a retratação ser *incomunicável*. Os co-autores e partícipes, se quiserem, devem um a um se retratar e alegar as razões que os levaram a cometer o falso, o que certamente trará novos elementos para o deslinde da causa, colaborando para se atingir a *verdade real*, e poderá trazer à tona eventuais crimes conexos.

incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

¹⁷ Nesse sentido, cf.: Delmanto (DELMANTO, Celso; *et al. Código..., cit.*, p. 310).

¹⁸ Na doutrina, v.g.: Emeric Levai (LEVAI, Emeric. *Retratação penal. Revista de Processo*, São Paulo, n. 21, jan./mar. 1981. p. 159); Nélon Hungria, em seu primeiro entendimento (HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945. p. 126); Magalhães Noronha (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito..., cit.**, 1972. V. 1. p. 408); Fragoso (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1. p. 416); Mirabete, ao afirmar que, ao contrário do que ocorre nos crimes contra a honra, a retratação, na hipótese de falso testemunho ou falsa perícia, comunica-se aos co-autores (MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual..., cit.**, V. 1. p. 399); Delmanto, ao expor que “em vista dos termos com que foi redigido o § 2º (o fato deixa de ser punível), entendemos que ele tem caráter misto e não apenas subjetivo, ao contrário da retratação prevista no art. 143 do CP. Por isso, e em razão também do desaparecimento do perigo que representava o falso testemunho ou falsa perícia, cremos possível a extensão aos co-autores ou partícipes” (DELMANTO, Celso; *et al. Código..., cit.*, p. 702); Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 744). Nos tribunais: - TJSP: RT 493/273, RJTJSP 42/325.

¹⁹ Na doutrina, por exemplo: Fragoso, em um primeiro posicionamento (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. V. 4. p. 1224); Nélon Hungria, em seu segundo entendimento (HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 9. p. 489); Luiz Régis Prado (PRADO, Luiz Régis. **Falso testemunha e falsa perícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 143). Nos tribunais: - STF: RTJ 100/1018.

5- IMPORTÂNCIA DA RETRATAÇÃO

Sobre a utilidade e justiça da previsão da *retratação do agente* como *causa de extinção da punibilidade*, existe divergência na doutrina.

Fragoso diz que nos casos onde a lei prevê a retratação é “porque constitui reparação completa do malefício praticado”²⁰. Mirabete possui a mesma posição, entendendo que na retratação há uma *reparação ao ofendido dos prejuízos sofridos* pelo atuar do agente, dizendo que “justificam-se as previsões legais para a incidência da retratação, quer pela preferência que se deve dar à reparação moral concedida à vítima pelo próprio agente, quer pelo restabelecimento da verdade no processo”²¹. Delmanto, comentando o art. 143 do CP, afirma que a retratação “é medida especial de política criminal, instituída para melhor preservar a honra do ofendido. À condenação do ofensor, prefere o CP que ele desminta o fato calunioso ou difamatório que atribuir à vítima”²².

Quanto à retratação nos crimes contra a honra, Damásio de Jesus sustenta “que a retratação deveria constituir causa de diminuição da pena e não de extinção da punibilidade. Suponha-se que um sujeito lance ao vento as penas de um travesseiro do alto de um edifício e determine a centenas de pessoas que as recolham. Jamais será possível recolher todas. O mesmo acontece com a calúnia e a difamação. Por mais cabal seja a retratação, nunca poderá alcançar todas as pessoas que tomaram conhecimento da imputação ofensiva. Não havendo reparação total do dano à honra do ofendido, não deveria a retratação extinguir toda a punibilidade, mas permitir a atenuação da pena”²³.

Concordamos com Damásio de Jesus, que demonstra claramente os efeitos do ato contra a honra no atual contexto dos meios de difusão da comunicação. A retratação podia funcionar em tempos passados onde os fatos corriam de boca em boca, não tendo, porém, eficácia atualmente. Imagine uma calúnia pela internet, que certamente será mencionada por vários *sítes*, percorrendo o planeta e sendo de conhecimento até das futuras gerações.

A retratação do suposto agente é um ato jurídico *unilateral*, não dependendo de aceitação do suposto ofendido. Essa é outra crítica que se pode endereçar à retratação, pois aquele que se sentiu ofendido pode não concordar com a retratação, não vendo nela benefícios efetivos à sua honra.

Somente entendemos útil a previsão da retratação para o falso testemunho e falsa perícia. Concordamos com Delmanto que, comentando o art. 342, § 2º, diz que a retratação é “medida especial de política criminal, instituída com o objetivo de proteger os mais superiores interesses da justiça. Como esta busca a apuração da verdade, entende-se preferível à condenação do agente a sua retratação ou declaração da verdade. Ou seja, mais atende à justiça a descoberta da verdade do que a punição do falso testemunho ou perícia”²⁴.

²⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...*, cit., V. 1. p. 416. No mesmo sentido: Magalhães Noronha (NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito...*, cit., 1972. V. 1. p. 407).

²¹ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual...*, cit., V. 1. p. 398-399.

²² DELMANTO, Celso; *et al. Código...*, cit., p. 310.

²³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1. p. 712.

²⁴ DELMANTO, Celso; *et al. Código...*, cit., p. 702. No mesmo sentido se expressa Magalhães Noronha ao mencionar que “quanto aos crimes de falso testemunho e falsa perícia, mais proveitosa que a condenação do

6- BIBLIOGRAFIA CITADA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DELMANTO, Celso; *et al.* **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal - a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. V. 1.

_____. **Lições de direito penal - parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1965. V. 4.

FRANCO, Alberto Silva; *et al.* **Código penal e sua interpretação jurisprudencial - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 1.

HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

_____. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. V. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999. V. 1.

LEVAI, Emeric. Retratação penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 21, jan./mar. 1981, p. 134 e ss.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2000. V. 1.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1972. V. 1.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 1.

_____. **Falso testemunha e falsa perícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

réu, para a Justiça, é a apuração definitiva da verdade” (NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito...**, *cit.*, 1972. V. 1. p. 407).