

DO INDULTO UM GESTO DE CLEMÊNCIA NO DIREITO PENAL

LICÍNIO BARBOSA

(Livre Docente, e Professor de Direito Penal nas Universidades Federal e Católica de Goiás)

01. **Introdução** — Dentre todas as causas extintivas de punibilidade, o *indulto* ocupa, indubitavelmente, lugar de especial destaque, quer pela sua estrutura, quer pela multiplicidade de hipóteses nas quais o instituto é aplicável.

Se não, vejamos.

A *morte do agente*, — destinatário da sanção penal, — não depende do Estado. É a foice da divindade que o atinge, excluindo-o do castigo. Apenas a apresentação de uma certidão de óbito, e o processo se extingue, se em trâmite; e a execução da sanção se fina, no caso de seu cumprimento, pelo sentenciado. O homem, aí, aparece apenas como instrumento de constatação de que *mors omnia solvit*.

A *anistia* é um testemunho de que o Estado pretende esquecer o passado de crimes, testemunho dado pelo órgão legiferante. É uma lei que opera a *abolitio criminis*, extinguindo, com a infração, a sanção penal. E só se verifica uma única vez, para um mesmo fato.

A *prescrição* decorre da inoperância do Estado na faina de combate ao crime. É mais um atestado da negligência do poder jurisdicional, ou do órgão da *persecutio poenalis*, — que um ato de vontade, livre e consciente, visando a perdoar a mazela criminosa.

A *decadência* flui, igualmente, da passividade do ofendido ou de seu representante legal, na provocação do órgão judicante, para instauração da ação penal. E, de igual maneira, a intenção de perdoar pode não ocorrer.

A *perempção* é filha do descuido, na condução do processo inerente à ação privada, — pois que o acusado não pode ficar, indefinidamente, à disposição do ofendido para a descarga de sua ira ou de sua vingança. E, como na *decadência* e na *prescrição*, — é o decurso do tempo que opera a extinção da punibilidade, e não um ato de vontade, formalmente manifestado.

A *retratação do agente*, o *casamento* deste com a *ofendida* podem constituir-se atitudes de defesa, para eximir-se, o culpado, das consequências de seu compor-

tamento criminoso, — nunca o perdão do sujeito passivo da infração penal. Porquanto, a extinção da punibilidade, nestas circunstâncias, é um imperativo da lei, e não reclama a cooperação do ofendido, a não ser para aceitação da *retratação*, ou para contrair o casamento, — cuja aspiração é de presumir-se, nos crimes contra os costumes.

O *ressarcimento do dano*, nos crimes que o admitem, como condição resolutive da punição, — é uma reparação de ordem patrimonial à injustiça da lesão ocasionada, pelo agente, com repercussão na órbita econômica e/ou financeira.

Já o *Indulto* é um gesto de clemência emanado do chefe de estado, — seja este um monarca e, como tal, governante por filiação; seja um representante da vontade popular e, destarte, governante por escolha da sociedade. Não depende da Providência, — como na morte do agente, — a não ser para a inspiração sobre a oportunidade, extensão ou modalidade de adoção da medida. Filho da *equidade*, — que é “a correspondência jurídica e ética perfeita da norma às circunstâncias do caso concreto a que é aplicada”, na feliz definição de MAGALHÃES NORONHA (in “Direito Penal”, I, Saraiva, pág. 50, ed. 1972), — o *Indulto* atua como instrumento de atenuação dos rigores da lei, flexibilizando-a de acordo com o momento vivido pela nação. Espécie de misericórdia, o instituto é a cristalização de instante de contrição religiosa, reconciliando o homem com a sua origem divina. Sem deixar de ser uma forma de exercer-se a Política Criminal que é, na palavra de Heleno Fragoso, “a atividade que tem por fim a pesquisa dos meios mais adequados para a repressão à criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia” (in “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, José Bushatsky — Editor, SP, pág. 18). Porquanto, perdoadando, o estado acena ao delinquente com a expectativa da recuperação, — para os que desta necessitam; e aplaca a revolta no espírito do injustiçado.

02. Conceito — A terminologia e o conceito do *Indulto* experimentam variações. Com efeito, inexistente unanimidade sobre o conteúdo e a forma de manifestação do instituto.

CARRARA equiparou-o à anistia. Ao discorrer sobre a graça, assinalou:

“A *graça pertence ao poder executivo*. É bem diferente da *anistia* ou *indulto*, pertencente ao *poder legislativo*. Esta, mais *geral* nas suas *causas* e mais *ampla* nos seus efeitos, não somente extingue a *pena*, *mas cancela o delito*”. (in “Programa do Curso de Direito Criminal”, trad. de José Luiz V. de A. Franceshini e J. B. Prestes Barbra, Ed. SARAIVA, SP., 1957, pág. 176, § 711).

BASILEU GARCIA, apesar de lhe assinalar as diferenças, toma o instituto como sinônimo de *graça*:

“Assim como a palavra — *graça*, de maneira lata, designa o *indulto*, é este vocábulo frequentemente empregado por aquele outro, para significar a *graça individual*” (grifou-se). (in “Instituições de Direito Penal”, — tomo, II, volume I, ed. Max Limonad, SP, 1972, 4a. edição, 34a. tiragem, pág. 671).

E, mais adiante, como sinonímia de *perdão*:

“Nos usos correntes, raro se fala em *graça*. O sentenciado geralmente pede, ao Presidente da República, *indulto* ou *perdão* – mais um sinônimo, tolerado na prática, de *graça individual*”. (In *op. et loc. cit.*)

Como *perdão* é previsto no Código Penal português, vigente, art. 126:

“Artigo 126.º – A pena também acaba:

(*omissis*)

“2.º – pelo *perdão real*” (grifou-se)

SALGADO MARTINS, o saudoso mestre gaúcho, vê mais de uma espécie de Indulto:

“Deve-se entender o indulto como gênero de duas espécies: *a)* – o *indulto propriamente dito de endereço coletivo*, destinado a cancelar as penas a que foram condenados os autores de determinados crimes, perdoando-os indiscriminadamente, isto é, sem uma individualização precisa; *b)* – o *indulto individual* que beneficia a pessoa do condenado por um determinado delito. Nesse caso, o indulto toma o nome de *graça*” (grifou-se). (In “Sistema de Direito Penal Brasileiro”, editor José Konfino, Rio de Janeiro, 1957, págs. 481/2).

Cita, a propósito, CARLOS MAXIMILIANO, que entende ter, o indulto, “caráter individual”. E, mais adiante, PONTES DE MIRANDA, no mesmo sentido, ao dizer que “o indulto e a comutação reportam-se a alguém; a anistia a fatos” (*idem, ibidem*, pág. 482).

Já para ANÍBAL BRUNO,

“O *indulto* é medida de caráter coletivo, mas no ato que o concede podem vir mencionados nominalmente os que dele se beneficiam” (grifo no original). (In “Direito Penal”, I. tomo III, Forense, Rio, pág. 202).

Não se confundem, pois, *anistia*, *graça* e *indulto*, apesar de suas semelhanças e pontos comuns.

Pode-se conceituar o *Indulto* como a causa extintiva da punibilidade, que se manifesta através de decreto emanado do chefe de estado, seja este o rei ou o presidente, com o que a pena aplicada ao sentenciado é integralmente extinta, reduzida ou comutada, não eliminando, contudo, o sinete da censurabilidade do fato criminoso contido na condenação penal.

03. *Notícia histórica* – A gênese do *Indulto* se identifica com a origem da *indulgentia principis*, a *graça* dos primórdios do Direito Penal.

tituto, inscrevendo o *Indulto*, ao lado da *anistia* e da *graça*, no art. 108, inciso II — como causa extintiva da punibilidade.

Também no chamado Código Penal de 1969, promulgado pelo Dec.-Lei 1.004 de 21 de outubro de 1969, na sua redação originária, bem assim com a que lhe deu a Lei nº 6.016 de 31 de dezembro de 1973, contemplou o instituto, igualmente como causa extintiva da punibilidade, — ao lado da *anistia*, mas sem a *graça*, — no art. 107, inciso II; código revogado sem entrar em vigor, jamais.

No direito processual penal, positivo, o *Indulto* foi contemplado nos arts. 739 e 741 do Código de Processo Penal.

O *Indulto* é, pois, entre nós, uma instituição política, assente na Carta Magna vigente, e que constou de todas as Cartas Políticas anteriores, desde a Independência, — com desdobramento nos estatutos penal e processual penal. Porquanto, esse instituto de Política Criminal visa ao combate da criminalidade, através de insofismável demonstração de clemência, emanada do governo, na pessoa do chefe do executivo.

04. O estágio atual do instituto — O *Indulto* está, hoje, com seus contornos nitidamente definidos, de molde a estremar-se nos institutos que lhe são afins

Não concerne a infrações, mas a sanções.

Não elimina o crime; extingue, reduz ou comuta a punição.

Pode ser concedido durante o processo, bem como após a sentença condenatória irrecorrível.

É atribuição específica e privativa do Presidente da República, ouvido ou não o Conselho Penitenciário.

É dirigido a um número indeterminado de pessoas; mas pode especificar os beneficiários.

Não pode ser recusado pelos destinatários, salvo se inexistente sentença condenatória.

Se aceito, pendente recurso da defesa, não prejudica o julgamento do apelo.

Como não alcança o fato criminoso, não exclui a reincidência no caso de nova infração praticada pelo beneficiário da clemência.

Não exclui a indenização pelo dano, de que cuida o art. 74, inc. I, do Código Penal, — indenização que é uma das consequências da condenação penal.

Aplica-se às penas privativas da liberdade, e, também, à pena pecuniária, — alternativa e cumulativamente.

Pode beneficiar, reiteradamente, os mesmos destinatários.

Pressupõe, no destinatário, a inexistência de periculosidade. Mas pode extinguir a medida de segurança aplicada, como duplo binário, na sentença condenatória. — se prescrita a medida, *ex vi* dos arts. 78, § 1º, e 86 do Código Penal.

Pode extinguir as penas acessórias, desde que o especifique.

Pode atingir os beneficiários do *sursis* e do livramento condicional.

Não deve beneficiar o foragido; mas o gesto de generosidade que o instituto encarna, — pode-se-lhe estender.

Pode, pois, o *Indulto*, ser amplo ou restrito, geral ou limitado, condicionado ou incondicionado.

05. O Instituto e os Recentes Decretos de Indulto — Vamos ater-nos aos mais recentes decretos presidenciais, concessivos de *Indulto*, promulgados nos últimos 3 anos.

Vejamos, inicialmente, a estrutura do Decreto 78.800 de 23 de novembro de 1976.

Seus *destinatários* foram os criminosos *primários* e os *reincidentes* (art. 1º *caput* e seu parágrafo único).

As *penas inultadas*, foram as *privativas* da liberdade, e a pena *pecuniária* (arts. 1º e 5º).

A *extensão do benefício* compreendia a extinção pura e simples das penas privativas da liberdade, para os condenados, *primários*, a pena não-superior a quatro (4) anos, cumprido, até 25 de dezembro de 1976, no mínimo 1/3 da punição (art. 1º *caput*).

Doutra parte, previa-se, ali, a extinção da pena privativa da liberdade para os *reincidentes*, condenados a pena não-superior a três (3) anos, cumpridos, no mínimo, 2/3 até 25 de dezembro de 1976 (parágrafo único do art. 1º).

Redução de 1/3 da pena aplicada a *primários*, condenados a mais de 4 anos de privação da liberdade (art. 2º, inc. I).

E redução de 1/4 da pena, imposta a *primários*, condenados a prisão superior a 6 (seis) anos (art. 2º, inc. II).

Na *pendência de recurso*, interposto apenas pela defesa, o *Indulto* não prejudicará sua apreciação pelo órgão superior da jurisdição.

“6º – Indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os arts. 34, nº 28, e 52, § 2º” (grifou-se). A primeira ressalva concerne à competência privativa do Congresso Nacional para “comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais”. E a segunda e última ressalva se refere aos “crimes comuns e de responsabilidade” praticados pelos Ministros de Estado.

Na segunda Constituição republicana, promulgada a 16 de julho de 1934, e calcada na Constituição alemã de Weimar, o *Indulto* foi concebido no artigo 56, inciso III, também como competência privativa do Presidente da República:

“Art. 56 – Compete privativamente ao Presidente da República:

(*Omissis*)

“3º – Perdoar e comutar, mediante proposta dos órgãos competentes, penas criminais”

Note-se que, na primeira Constituição republicana, o Presidente da República somente poderia *indultar e comutar penas, nos crimes sujeitos à jurisdição federal*, o que levou os governos estaduais a inserirem em suas respectivas Constituições, salvo os dos estados do Piauí, Pará e Rio Grande do Sul, – a atribuição específica dos chefes dos governos estaduais, quando os crimes fossem da jurisdição estadual. E na segunda Constituição republicana o *Indulto* somente era concedido, *mediante proposta dos órgãos competentes*, retirando-se, pois, do Presidente da República, a iniciativa da medida.

A terceira Constituição republicana, que a 10 de novembro de 1937, instaurava, entre nós, o Estado Novo, calcado nos moldes nazi-fascistas da Alemanha de Hitler e na Itália de Mussolini, – também essa Carta Magna cristalizou o instituto, como *graça*, no art. 75, letra “F”, como competência privativa do Presidente da República, e, aí, sem nenhuma ressalva de jurisdição ou de provocação.

A quarta Constituição republicana, que restabeleceu, a 18 de setembro de 1946, o regime democrático, esculpiu o instituto no art. 87, inciso XIX:

“Art. 87 – Compete privativamente ao Presidente da República:

(*Omissis*)

“XIX – Conceder indulto e comutar penas, com audiência dos órgãos instituídos em Lei”.

Aí, não se exigia provocação de órgão específico; mas se jungia a autoridade do chefe da nação ao juízo de um órgão competente, de modo geral o Conselho Perintenciário.

Com o advento da Revolução de 1964, e sua institucionalização na quinta Constituição republicana, de 24 de janeiro de 1967, o *indulto* foi insculpido no art. 81, inciso XXII:

“Art. 81 – Compete privativamente ao Presidente da República:

(*Omissis*)

“XXII – Conceder o indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”. Redação que foi mantida nas sucessivas reformas introduzidas, na Carta Magna, pelas Emendas números 1 a 12.

Prevê-se, ainda, a *audiência de órgãos instituídos em lei*; mas essa audiência é facultativa, e não mais obrigatória, podendo, pois, o Presidente da República, dispensar a providência, no decreto de indulto.

Os estatutos penais, brasileiros, como reflexo das Cartas Políticas, sempre tutelaram, tradicionalmente, o *Indulto*.

“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 delinquente 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)”. (ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, *in op. cit.*, pág. 172).

O primeiro Código Penal republicano, de 1890 (Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890), que entrou em vigor em 1891, inseriu o *indulto* no art. 72, inciso II:

“Art. 72 – A condenação extingue-se por estas mesmas causas e mais:

(*Omissis*)

“2.º – por indulto do poder competente”.

Aplicável, inclusive, pelo art. 74, às “incapacidades pronunciadas pela condenação”, ou seja, às penas acessórias que caracterizassem a interdição de direitos.

A Consolidação das Leis Penais, de Eugênio Ferreira da Cunha, na 2a. edição de 1924, disciplinava a matéria no art. 76, inc. II; e na Consolidação de Vicente Piraibe, aprovada e adotada pelo decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932, do então chefe do Governo Provisório, agasalhava o indulto no art. 72, inciso II, com a mesma redação do primeiro Código Penal republicano.

O Código Penal vigente, oriundo ainda do Estado Novo, foi sensível ao ins-

ALOYSIO DE CARVALHO FILHO sintetiza, com admirável propriedade, os primeiros momentos do instituto na antiguidade romana:

“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 assembleia 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.

“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 perdoadada, se bem que Mommsen afirme não se conhecer, pelos textos romanos, nenhuma aplicação dessa proteção singular. De tal regalia desfrutavam, também, outras divindades, embora em escala menor, na razão do seu menor prestígio. “(In “Comentários ao Código Penal”, Forense, Rio vol. IV, 4a. edição, págs. 104 e 105).

E prossegue, o saudoso penalista bahiano:

“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, de 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 termo definitivo do processo ou da pena. Assim, recursos humanos e intermédios sagrados se combinavam ou confundiam, na república romana, para bene-

fício 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”. (*In op. cit. págs. 106 e 107*).

No direito francês do *ancien régime*, o *Indulto* teve correspondentes nas famosas *lettres d'abolition générale*, ou *cartas de remissão*, que poderiam ser *especiais* ou *gerais*, conforme se dirigissem, respectivamente, a um indivíduo, ou a uma multiplicidade de beneficiários.

No velho direito lusitano, o *Indulto* apareceu como forma de comutação de penas graves, como a pena capital, dele se beneficiando muitos nobres condenados por crimes de traição, sodomia, moeda falsa, heresia, etc.; – desde que se dispusessem a irem, além-mar, povoar as terras recém-descobertas, e as colônias recém-conquistadas, na América, na África e na Ásia. Isso, apesar de todo o rigor das vetustas ordenações, mormente o Livro V das Ordenações Filipinas, que estiveram em vigor, no Brasil, até o advento do Código Criminal do Império, em 1830.

Tal a importância do *Indulto*, como instituto de Política Criminal, que o constituinte brasileiro o inseriu em todas as Cartas Magnas, promulgadas a partir da Independência.

Na Constituição de 25 de março de 1824, é uma das atribuições do Poder Moderador, encarnado na figura do Imperador:

“Art. 98 – O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

E no artigo 101, inciso VIII:

“Art. 101 – O Imperador exerce o poder moderador:

(Omissis)

“8º – Perdoando ou moderando as penas impostas aos réus condenados por sentença”.

A primeira Constituição republicana quer na sua redação originária, de 24 de fevereiro de 1891, quer na forma que revestiu com a reforma de 07 de setembro de 1926, – previu, especificamente, o instituto, em ambas no art. 48, inciso 6º:

“Art. 48 – Compete privativamente ao Presidente da República:

(Omissis)

O *criminoso primário* é definido como sendo “também quem, tendo sofrido mais de uma condenação, cometeu todos os crimes antes de a primeira sentença condenatória ter passado em julgado” (art. 4º).

As *penas acessórias* são excluídas do benefício (art. 6º).

Como *requisitos*, é exigido: *a)* – ter, no destinatário, “disposição e condição de reintegrar-se no convívio social” (*considerando*); *b)* – “não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação de pena, nos 10 (dez) anos anteriores” (art. 7º, inc. I); *c)* – ser, o beneficiário, “isento de periculosidade” (art. 7º, inc. II); *d)* – “ter boa conduta prisional”, ou manifestar “sincero esforço” de alcançar “os demais requisitos para indulto” (art. 7º inc. III).

São *excluídos do benefício*: *a)* – “os condenados por crime contra a Segurança Nacional”; *b)* – os condenados por crime “que tenha por objeto entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando referida na sentença a condição de traficante” (art. 8º, incs. I e II).

É *exigida a manifestação* do Conselho Penitenciário respectivo, – de ofício ou provocadamente, sobre os requisitos estabelecidos no decreto.

Por sua vez, o decreto n. 80.603, de 24 de outubro de 1.977, repete, quase *ipsis verbis*, o decreto presidencial do ano anterior, acima dissecado.

Introduz, no entanto, algumas inovações, dignas de nota:

a) – o beneficiário deve ter boa conduta na comunidade, na hipótese de haver-se beneficiado com a prisão aberta ou semi-aberta, de que trata o art. 30, § 6º, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977;

b) – exclui do benefício, além dos criminosos alinhados no decreto n.º 78.800/76, – também os agentes de homicídio qualificado e roubo; de “sequestro e cárcere privado, quando a vítima tenha sido menor de 14 (quatorze) anos”; os agentes de “extorsão qualificada e extorsão mediante sequestro”; os agentes de crime de “rapto” não consensual, estupro e atentado violento ao pudor”; os agentes de “crime doloso de perigo comum” (art. 7º).

Por último, o decreto presidencial n.º 82.589, de 06 de novembro de 1978 reitera, quase literalmente, o decreto n.º 80.603/77, traçando, contudo, orientação específica quanto aos beneficiários que estejam no gozo do *sursis* e do *livramento condicional* (art. 7º § 2º).

06. Prós e Contras, na Opinião dos Doutos – O instituto do *Indulto* vem sendo objeto de controvérsia, nela empenhando-se expoentes os mais expressivos no pensamento jurídico-penal. Os que o fustigam, acentuam a influência demolidora do instituto, pois retira da pena uma de suas caracterís-

ticas principais: a certeza. Os que o louvam, destacam-lhe o caráter de *benignidade*, que aproxima o instituto de cânones religiosos e éticos.

Os que criticam o *Indulto* se apoiam, dentre outros, em Cesare BECCARIA, que escreveu contra o instituto da indulgência uma das páginas mais candentes na monumental obra “*Dos Delitos e das Penas*”. A matéria vem abordada no § XX, sob o título “*De Certeza e Infalibilidade das Penas. Indulto*”, em que o célebre Marquês assim se manifesta:

“Um dos maiores freios dos crimes não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade e, por consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve acompanhar-se de uma legislação suave: A certeza de um castigo, ainda que moderado, produzirá sempre uma impressão mais forte do que o temor de um outro mais terrível, unidos à esperança da impunidade; porque os males, ainda que mínimos, quando são certos, intimidam sempre os ânimos humanos, ao passo que a esperança, dádiva celestial que, a miúdo, tudo substitui, afasta sempre a idéia dos males maiores, e mais ainda quando a impunidade, possibilitada pela avareza e pela fraqueza, aumenta-lhe a força.

“Alguns se livram da pena de um pequeno crime quando a parte ofendida os perdoa; ato que se conforma com a benevolência e a humanidade, mas que é contrário ao bem público; como se um cidadão particular pudesse, com o seu perdão, eliminar a necessidade de exemplo, assim como pode condenar ao ressarcimento da ofensa. O direito de impor castigo não pertence a um só, mas a todos os cidadãos ou ao soberano. A parte ofendida só pode renunciar à sua parcela de direito, mas não anular a dos outros.

“A medida que as penas se tornam mais suaves, fazem-se menos necessários a clemência e o perdão. Feliz a nação em que seriam funestos! Pois, a clemência, virtude que às vezes tem sido o substitutivo de todos os deveres do trono para alguns soberanos, deveria ser excluída de uma legislação perfeita, em que as penas fossem brandas, e regular e rápido o processo de julgamento. Parecerá dura esta verdade para quem viva na desordem de um sistema criminal, em que o perdão e os indultos são necessários na proporção do absurdo das leis e da atrocidade das condenações. É esta a mais bela prerrogativa do trono; este é o mais desejável atributo da soberania, é esta a desaprovação tácita que os benefícios dispensadores da felicidade pública dão a um código que, apesar de todas as suas imperfeições, tem por si o preconceito dos séculos, a volumosa e imponente roupagem de inúmeros comentadores, a respeitável magnificência das eternas formalidades e a adesão dos mais insinuantes e menos temidos semidoutos. Considera-se, porém, que a clemência é a virtude do legislador e não do executor das leis; que deve brilhar no código, não nos julgamentos particulares; que mostra aos homens que se pode perdoar os crimes, ou que a pena não é a sua consequência necessária, equivale a estimular o atrativo da impunidade, é fazer crer que, ainda que possam perdoar, as condenações, não perdoadas são antes violência da força do que emanções da justiça”.

Pergunta, a seguir, Cesare BONESANA:

“Que se dirá, pois, quando o Príncipe conceder indultos, isto é, a segurança pública a um particular, produzindo um decreto público de impunidade com um ato de benevolência não esclarecida?”

E arremata:

“Sejam, pois, inócoráveis as leis, inexoráveis os seus executores nos casos específicos; mas seja brando, indulgente, humano o legislador; sábio arquiteto, faça surgir o seu edifício sobre a base do próprio amor, e seja o resultado dos interesses de cada um o do interesse coletivo; e não se verá constrangido, a cada momento, com leis parciais e com remédios tumultuosos, a separar o bem público do bem dos particulares, e erguer o simulacro da salvação pública sobre o temor e a desconfiança do profundo e sensível filósofo, deixe que os homens, seus irmãos, gozem em paz a pequena porção de felicidade que lhes permite gozar neste recanto do universo, o imenso sistema estabelecido pela Primeira Causa, por aquele QUE É” (In “Dos Delitos e das Penas”, trad. de Vicente Sabino Jr., editora Juriscredi, SP, 1972, págs. 199 *usque* 201).

Vê, nessas linhas fulgurante, o repúdio flamante do grande filósofo ao instituto do *Indulto*, que ele, nas entrelinhas, admite, a contragosto, como consequência da imperfeição das leis humanas. É o sangue latino, latejando em toda a sua impetuosidade.

No polo oposto, com a frieza característica do temperamento teutônico, coloca-se, como apologista do *Indulto*, o mestre inolvidável da Universidade de Heidelberg, — Gustav RADBRUCH, cujas idéias liberais foram temperadas no fragor do combate ao nazismo.

Começa, assim:

“A instituição jurídica do indulto ou perdão significa por si só o inequívoco reconhecimento da fragilidade de todo o direito, o reconhecimento daqueles antagonismos latentes que existem dentro da idéia do direito, bem como ainda o da possibilidade de toda a espécie de conflitos entre essa idéia e outras, como a idéia moral e religiosa. Justamente por isso é que todas as épocas de tendências dogmáticas que prestaram culto à soberania absoluta é única da razão, como a época do direito natural e a do Iluminismo do século XVIII, combateram sempre o direito de indulto, a começar em Beccaria (§ 20.º), seguido por Kant, o qual via no perdão e no direito de perdoar, ao criminoso ‘o mais escandaloso de todos os direitos do soberano’.

“Esses antagonismos contidos dentro da idéia de direito, as contraditórias exigências formuladas pela idéia de justiça, pela do fim do direito e pela da sua segurança ou certeza — e ainda a impossibilidade de existir um critério superior a estes três lados da idéia do direito que permita resolver os seus conflitos — tudo isto já foi acima oportunamente exposto e comentado por nós (§ 9.º). Ora o fim e o sentido do indulto, ou perdão, consistem, justamente, em por meio deles se tornar possível achar uma ‘válvula de segurança’ para a tensão desses antagonismos capaz de funcionar diversamente e melhor (funcionando consoante a opinião daquele que o dispensa) do que a própria sentença que aplica o direito. Ao perdão pode reconhecer-se a função de per-

mitir realizar, em face do direito positivo, uma justiça melhor, e, em face da igualdade demasiadamente esquemática desta última, as exigências individualizadoras da equidade. Mas pode também reconhecer-se-lhe o intuito de solucionar, melhor do que o faz a sentença, todas as possíveis antinomias existentes nas relações entre esses três elementos e de permitir também uma mais feliz efectivação do direito substantivo em face do processo e da sentença; da equidade em face da justiça, ou ainda, dos altos fins da política geral do Estado em face dos fins especificamente técnico-jurídicos da sua política criminal. É a isso que podemos chamar a prudência política do Estado, a que o direito de indulto deve poder servir de instrumento e meio de realização” (In “Filosofia do Direito”, trad. de L. Cabral de Moncada, editora Armênio Amado, Coimbra, Portugal, 1974, págs. 335/6).

E prossegue:

“Mas o indulto não se limita a ser uma instituição jurídica. Num sentido oposto aos dos provérbios (a que acima nos referimos), que procuram caracterizar o perdão ou a misericórdia como um ‘direito melhor’, outros existem que mais energicamente afirmam ser a misericórdia ‘coisa melhor que o direito’ e, por conseguinte, preconizam ‘dever o perdão prevalecer sobre o direito’ (*Gnade geht vor Recht*). Efectivamente, o perdão nunca se limitou a ser uma ‘válvula de segurança’ para resolver apenas aqueles antagonismos de que já falamos. Pelo contrário, significou sempre o reconhecimento do facto de o mundo não pertencer apenas ao direito, como pareceu acreditar aquele que uma vez exclamou: *fiat justitia, pereat mundus*. Consequentemente, ao lado do direito existem outros valores que, em certos casos, podem reclamar uma efectivação iniludível, mesmo a expensas do direito. É assim que, por exemplo, quando a concessão de certos indultos é determinada por agradáveis acontecimentos patrióticos, tal concessão jamais pode ter um fundamento jurídico”. (In *op. etc loc. cit.*, pág. 338)

E arremata, o indômito mestre:

“Pelo indulto surgem de repente no mundo do direito aflorações de outros terrenos e domínios provenientes do mundo dos ‘valores’, inteiramente estranhos ao ‘jurídico’. Por exemplo, os valores religiosos da misericórdia ou os éticos da tolerância. Enfim, no indulto até a suave força do acaso consegue impor-se às orgulhosas pretensões imperialistas da razão sobre a forma daquela ‘contingência’ que, no dizer de Nietzsche, constitui o mais antigo título de nobreza do universo.

“O indulto não se esgota, portanto, no conceito definido por Jhering, de ‘válvula de segurança’ do direito. Devemos antes ver nele um símbolo vivo de que no mundo existem valores que se alimentam em fontes mais profundas e que aspiram a regiões mais elevadas que as do direito” (in *op.cit.*, págs. 345/346).

07. Conclusão – Af estão, nas vozes de dois gigantes do pensamento jurídico, universal, a *tese* e a *antítese*.

Tentemos, pois, a *síntese*.

O *Indulto* é um instituto da cultura do homem civilizado, — como entendemos a civilização, herdada das melhores tradições greco-romanas.

Em verdade, o silvícola não conheceu, nos seus usos e costumes, o instituto do *Indulto*, tampouco qualquer outra causa extintiva da punibilidade. Acredita-se, assim, que esse fora o direito vigente no mundo das cavernas, das ocas e das palafitas.

JOÃO BERNARDINO GONZAGA, Catedrático de Direito Penal da Faculdade do Largo São Francisco, que estudou, em profundidade, o tema, na obra hoje clássica "O Direito Penal Indígena", pontifica:

"Para a mentalidade dos indígenas, não era possível conceber a extinção da punibilidade em benefício do autor de alguma ofensa. Ademais, ajudados pela sua extraordinária memória (§ 15 *supra*), não olvidaram jamais os agravos sofridos". (*In op. cit.*, Max Limonad, SP, 1a. edição, pág. 129).

Mais adiante:

"Inúmeros fatos concretos são relatados pelos cronistas para demonstração do que afirmam. Exemplificativamente, estes: *Léry* (pág. 181) menciona o caso dos tupinambás que foram massacrar os membros de um grupo margaiá vizinho dos franceses, matando todos os que não puderam fugir, inclusive mulheres e crianças, porque vinte anos antes se haviam guerreado. *Thevet* conta que alguns mercadores normandos levaram para a França um pequeno tabajara. 'Foi o menino batizado e criado, casando-se, depois, em Ruão, onde vivia honradamente. Quando já tinha cerca de vinte e dois anos, atreveu-se a tornar ao Brasil, em um dos navios franceses, e, lá chegando, aconteceu que alguns colonos desvendaram a sua identidade. Isso foi o bastante para que seus antigos inimigos, incontinentemente, quais cães enraivecidos de fome, assaltassem o navio francês, na ocasião desfalcado de tripulantes, ali reduzindo a postas o índio' (obra citada, pág. 250). Também *Couto de Magalhães* encontrou na bacia do Prata alguns nativos que conservavam ainda grande animosidade contra os espanhóis, mencionando inclusive, como se fora passado poucos dias antes, o rapto de mulheres que esses colonizadores haviam praticado talvez há mais de cem ou duzentos anos (obra cit., págs. 150-1)." (*In op. cit.* págs. 130-1.)

E nova enumeração:

"De igual eloquência o episódio citado por *Simão de Vasconcellos*: certo tapuia que tinha por inimigo um principal da sua nação, refugiou-se na aldeia dos jesuítas, onde entretanto seu perseguidor o vigiava dia e noite, para matar. Afinal o tapuia adoeceu, morreu e foi enterrado, mas o desafeto 'não sossegou. Teve traça para ir desenterrá-lo: e assim morto lhe quebrou a cabeça (que é o modo entre eles de tomar vingança, e faltar o ódio). E então se deu por satisfeito, valente e honrado' (n.º 125). *Gandavo*, a seu turno, informa que as mulheres prisioneiras às vezes se casavam com seus raptos, ficando assim em suspenso a vingança que contra elas se devia exercer. Mas, quando depois alguma delas morria de morte natural, os índios, 'por cumprirem

as leis da sua crueldade, havendo que já nisto não ofendem ao marido, costumam quebrar-lhe a cabeça' (pág. 142). *Gabriel Soares de Souza* diz que os indígenas, "se encontram alguma sepultura antiga dos contrários, lhe desenterram a caveira, e lha quebram' (vol. II, pág. 242). E *Ebreux* refere que, quando um escravo estava para morrer de moléstia, pouco antes do seu falecimento o levam para o mato a fim de partir-lhe a cabeça, deixando depois o corpo insepulto" (pág. 107)". (*In op. cit.*, págs. 131).

A vida em sociedade ensina a tolerância, como instrumento para a melhor convivência.

Se a lei fosse perfeita, caberia aplicá-la com a inexorabilidade preconizada por BECCARIA. Todavia, não o é, — pois que emanação do homem, finito e imperfeito.

Se o homem que faz a lei não é perfeito, também não o é o que aplica, por mais imparcial e lúcido que se pretenda o titular do órgão da jurisdição.

Ademais, o cumprimento da pena não visa, somente, como o pretendiam Kant e Hegel, a quitação do débito, pelo criminoso, para com a sociedade ofendida, com a prática da infração penal.

Se assim, fora, o criminoso, ao cabo do cumprimento da pena, — estaria à vontade para retornar ao seio da comunidade, para tornar a delinquir, retornar ao cárcere. E prosseguir, nesse círculo vicioso, entre a prisão e a comunidade, com inestimáveis prejuízos para o indivíduo e para o estado.

A pena tem, igualmente, um fim utilitário, como, já nos fins do século XVIII, assinalava, genialmente, o inolvidável Feuerbach.

O cumprimento da pena deve perseguir um fim altruista: o recondicionamento do indivíduo à comunidade donde partiu, e para onde voltará.

A tese, — punitur quia peccatum est.

A antítese, — punitur ut ne peccetur.

A síntese, — punitur quia peccatum ut ne peccetur.

Se o delinquente não tiver, no decurso do cumprimento da pena, a perspectiva de recobrar a liberdade mais cedo do que lhe assinala a sentença penal condenatória, não terá estímulo para regenerar-se. Nem se esmerará em bom comportamento, durante a trajetória prisional.

Daí porque o *Indulto*, como outras causas extintivas da punibilidade, bem assim medidas outras de política criminal como o *sursis*, o probation, o perdão judicial, o livramento condicional, a prisão-albergue e outros institutos similares, — se impõe à consideração e ao respeito de quantos se preocupam com o homem que delinuiu, mas que aspira, contrito, trilhar de novo a senda estreita mas venturosa que a sociedade, pelas suas forças representativas, admite e recomenda.

A autoridade que concede o *Indulto*, deve fazê-lo com grandeza. Grandeza que é inerente a humildade.

E o seu destinatário deve estar consciente da oportunidade de recuperação ou de reconciliação, que se lhe oferece.

Pois, antes de tudo, o *Indulto* é um gesto de clemência, no Direito

(Conferência profeida no "Clube dos Advogados de Anápolis, a 09 de agosto de 1979, como parte do "I Simpósio Jurídico").